

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DU
DOMMAGE MORAL

RÉSULTANT

DE L'INEXÉCUTION D'UN CONTRAT

EN

DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 16 juin 1914, à 3 heures

PAR

D. NICOLESCO

Président : M. BARTIN, professeur.

Suffragants : { M. CAPITANT, professeur.
 { M. CARPENTIER, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DU
DOMMAGE MORAL

RÉSULTANT

DE L'INEXÉCUTION D'UN CONTRAT

EN

DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 16 juin 1914, à 3 heures

PAR

D. NICOLESCO

Président : M. BARTIN, professeur.

Suffragants : { *M. CAPITANT, professeur.*
 { *M. CARPENTIER, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION DU SUJET

La place énorme qu'occupe dans les recueils d'arrêts et dans les répertoires les questions de responsabilité, ainsi que les discussions doctrinales suscitées par les révélations de la jurisprudence, montrent l'importance qu'a prise dans le droit moderne le problème de la responsabilité.

En effet, la jurisprudence, qui reflète mieux que toute autre manifestation sociale l'esprit du temps, est appelée chaque jour à admettre et à faire valoir de nouveaux éléments de la réparation due par l'auteur d'un fait dommageable à sa victime.

Les raisons de ce mouvement sont nombreuses :

1° Dans la course vertigineuse de la société moderne vers le progrès, les atteintes à la personnalité de l'homme et à son patrimoine deviennent de plus en plus fréquentes. C'est une conséquence de la multiplication des rapports nécessités par les dépendances que les hommes ont entre eux et qui augmentent en proportion directe avec le développement et la transformation de la vie sociale.

L'extension des moyens de communication, qui a énormément augmenté le trafic et encouragé les déplacements à grande distance ; la transformation des sources de la richesse et le changement survenu dans l'organisation de la production ; la division

du travail toujours grandissante, ont augmenté sans cesse cette dépendance.

La lutte pour la vie de plus en plus âpre, la désagrégation de la famille, la densité croissante de la population et la petitesse des logements, ainsi que la nécessité des grands centres d'agglomérations humaines ont eu le même effet : des contrats nouveaux apparaissent, des litiges infiniment variés se présentent devant les tribunaux pour demander une solution.

Le développement social multiplie donc les intérêts, en étendant la solidarité à des groupes toujours plus grands et plus nombreux.

D'autre part, ce développement social est indissolublement lié au développement de la culture intellectuelle et morale et aux raffinements des mœurs : on peut en juger d'après le nombre énorme des publications, l'essor qu'a pris la presse, la liberté de la critique et la censure publique.

2° Parallèlement à ce développement social, la conception de la personnalité humaine et la notion des intérêts qui doivent être protégés juridiquement s'élargissent.

En effet, « les intérêts, qu'ils soient d'ordre matériel ou d'ordre moral, sont déterminés à chaque époque, à la fois par les conditions externes de la vie sociale et aussi, et dans une large mesure, par la conception idéale qu'une communauté se fait de la vie ; et cette conception a sa source dans la constitution mentale de cette communauté. Elle réside dans les sentiments collectifs et les croyances communes qui constituent son état intellectuel et moral ». (1).

(1) *Tanon*, L'Évolution du droit et la conscience sociale, p. 66.

Toute époque historique apporte ses notions morales, ses conditions de la vie, qui déterminent la nature du droit. Ces nouveaux rapports de l'homme à l'homme n'ont, sans doute, au commencement, qu'un caractère de fait ; mais tôt ou tard ils se transforment en obligations juridiques, en un *juris vinculum*, et le pouvoir d'influence qu'ils ont les uns sur les autres, en des droits (1).

La notion de la personnalité humaine, étendant donc sa sphère sur des domaines nouveaux, a beaucoup contribué à élargir le principe du droit à une réparation pour les atteintes qui lui sont portées et à permettre son application à des cas primitivement hors de la tutelle juridique.

3° Enfin, on ne saurait laisser de côté une autre considération qui, en somme, n'est que le corollaire des deux précédentes : on sait mieux qu'autrefois défendre ses droits et on se montre plus susceptible aux empiétements qui jadis seraient passés inaperçus.

Ainsi dans ce réseau de relations innombrables qui constituent la vie moderne, le problème de la responsabilité civile se pose à chaque instant, déterminant nos droits et nos obligations. Comme l'a dit fort bien M. Labbé (2), la responsabilité est « le plus parfait régulateur de l'activité humaine ».

Le domaine de la responsabilité civile a été plus d'une fois exploré. Une des questions les plus intéressantes qui s'y rattachent est la réparation pécuniaire du dommage moral.

(1) Cfr. Korkournov, Cours de Théorie Générale du Droit, p. 210 et suiv.

(2) Note au S, 86, 4, 25.

Aujourd'hui, dans presque tous les pays où l'étude du droit tient une place importante, le principe des dommages-intérêts dus pour préjudice moral causé par un acte illicite, délit ou quasi-délit, est consacré.

Par contre, on prétend à établir une différence entre cette responsabilité et celle dérivant de l'inexécution d'un contrat, surtout quant au préjudice moral que cette inexécution peut causer au créancier, et on dit que ce préjudice ne peut pas être réparé par des dommages-intérêts.

Le but de cette étude est de démontrer qu'il n'y a aucune raison de les traiter différemment.

Beaucoup de questions qui seront ici examinées se rapportent nécessairement au dommage moral délictuel comme au dommage moral contractuel, précisément parce qu'on ne peut pas les séparer, mais c'est de ce dernier que nous entendons nous occuper spécialement.

Notions Préliminaires

L'activité humaine comporte la réalisation de deux sortes d'intérêts, de deux catégories de conditions de la vie.

Les premiers qui constituent le patrimoine proprement dit sont des biens économiques, pécuniaires, se rapportant à la vie matérielle, et, de ce fait, adéquats à une somme d'argent. Les seconds sont des intérêts d'un ordre plus élevé et qui ne peuvent pas être représentés par un prix, par une valeur commune auxquels les autres se peuvent ramener, parce qu'ils se rattachent, non pas à la vie matérielle, mais à la vie intellectuelle, senti-

mentale ou sensuelle. Ces derniers qu'on appelle bien non-économiques ou non-patrimoniaux, intérêts moraux ou idéaux, forment, on pourrait dire, le patrimoine moral d'un individu. Ce sont : l'honneur et la considération, le respect envers les morts, la dignité du foyer familial, la pudeur, les légitimes affections envers les personnes, comme envers les choses, la liberté individuelle, religieuse et politique, le droit à la tranquillité et au repos, etc...

L'existence en fait de cette sorte de patrimoine n'a jamais été contestée. Tout le monde a reconnu et reconnaît que chaque homme — si pauvre et si misérable soit-il — le possède à un degré plus ou moins élevé. Mais la discussion a porté sur le point de savoir s'il faut appliquer à ce patrimoine les mêmes règles juridiques qu'aux biens matériels.

La question a pris dans le droit moderne une importance capitale, vu la valeur qu'on attache de nos jours à ces intérêts idéaux.

Il y a des auteurs (1) qui considèrent le patrimoine moral comme extra-juridique, en le laissant, par conséquent, en dehors des sanctions du Droit positif. Savigny reconnaît bien l'existence des biens non-économiques (droits originaux ou innés), il affirme même que les autres biens (droits acquis : la propriété et les obligations) n'ont de sens et de valeur que comme extension

(1) Voir : *Savigny*, Traité de droit romain, t. I, p. 330 et suiv. — *Mommsen* et *Kniess* (opinion rapportée par *Mataja*).

Dans le même sens : *Trébutien*, Cours de Droit criminel, 1854 t. II p. 26. — *Mangin*. De l'action publique et de l'action civile, 3^e édit., t. I., n° 145. Ces deux auteurs, ne voulant pas admettre l'existence d'un patrimoine moral, mais croyant nécessaire de trouver des moyens pour protéger la réputation, la font rentrer dans le patrimoine matériel.

de ceux-ci. Mais il dit que ce patrimoine n'a nullement besoin d'être reconnu par le Droit positif, et que c'est inutilement que l'on le confond avec les autres droits. Quant aux dispositions du Code criminel et du Code civil, faites en vue de protéger l'inviolabilité de l'homme contre les agressions de ses semblables, agressions pouvant constituer une diffamation, une fraude, une violence, ce ne sont, selon Savigny, que « des institutions toutes positives, dont le contenu spécial diffère essentiellement de la sanction de la personnalité ».

Nous croyons, au contraire, que ces institutions spéciales ont la même origine que toutes les dispositions législatives qui ont pour but de protéger l'inviolabilité de la personne humaine. Ce ne sont que des applications de ce principe général que les Romains avaient concrétisé dans cette formule générale : *neminem laedere*.

D'autres auteurs établissent une différence et laissent en dehors des sanctions du droit positif quelques-uns seulement des éléments du patrimoine moral. Seraient soumises à une obligation de réparation, d'après ces auteurs, les atteintes portées à l'honneur, à la considération, à la réputation (1).

Nous reviendrons sur cette distinction superficielle (v. ci-dessous p. 23-25). Pour le moment, bornons-nous à dire qu'il n'y a pas de différence à faire entre les intérêts moraux. On les soumet tous à la tutelle juridique ou on les en exclut tous.

(1) Voyez : *Beaussire*, Les principes du Droit, p. 261 — *Laborde*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1894, p. 27 — *Stammer*, Das Recht der Schuldverhältnisse, p. 127 ss., dont l'opinion est rapportée par *Dorville* (De l'intérêt moral dans les obligations, thèse, Paris, p. 63 en note).

Le dommage moral n'est que l'atteinte au patrimoine moral. Il comprendra donc, soit la *déconsidération* causée par un acte malveillant ou simplement imprudent, soit la *douleur* causée par la perte d'une personne chère, soit les souffrances physiques, les chagrins, les inquiétudes, qui sont les conséquences d'un fait dommageable ; en un mot, toute atteinte qui ne se répercute pas sur le patrimoine proprement dit. (1).

Cette conception a été quelquefois obscurcie par des interprétations confuses. Très souvent on confond la vraie notion de dommage moral avec celle de dommage matériel indirect.

Ainsi, on entend souvent par dommage moral la dépréciation qu'ont subie certains immeubles par suite d'un fait préjudiciable, par exemple le voisinage d'un établissement industriel qui amène des désagréments dans la jouissances de l'immeuble (2). Cette dénomination n'est pas exacte, car, comme le mot lui même l'indique, le dommage moral est celui qui ne peut pas se traduire en perte pécuniaire ; or, une diminution de l'agrément se fait sentir toujours par une moins-value de l'immeuble (3).

En Italie surtout, cette notion a eu beaucoup de peine à se fixer avec son vrai sens (4). On a parlé d'un *dominage moral patrimonial* (5), sans penser à la contradiction dans laquelle on se

(1) Cfr. Pandectes belges, Rép. v° Dommages-intérêts, n° 298 — *Addé* : Jean Bosc, Essais sur les éléments constitutifs du délit civil, thèse Montpellier, p. 206.

(2) C'est en partant de cette conception erronnée que *Pacifici-Mazzoni* (Instituzioni di diritto civile, p. 191), est amené à mettre à côté des légitimes affections le trouble apporté à la jouissance du patrimoine matériel.

(3) *Laurent*, principes de Dr. civil, t. VI, n° 153. — V. aussi Pandectes belges, t. 32, v° Dom-int. n° 301.

(4) V. *Minozzi*, Studio sul danno non patrimoniale, et les auteurs cités par lui.

(5) *Marchesini*, Foro italiano, 1888, I, 41, (en note).

mettait : un dommage est, ou moral, ou patrimonial. On a dit aussi que le préjudice matériel n'est en somme qu'un effet du dommage moral, avec lequel il s'entremêle, même quand celui-ci consiste dans une souffrance physique ou dans l'atteinte à la réputation (1).

Nous développerons plus loin cette même idée et montrerons le rapport qui existe entre le dommage moral et le dommage matériel, mais de là à dire que le second est toujours l'effet du premier, il y a loin.

La jurisprudence italienne qui s'oriente, comme partout, d'après les discussions doctorinales, témoigne le même manque de précision, en donnant une définition pour chaque cas particulier.

Le *danno morale* est tantôt « la lésion qui se répercute sur la réputation et le crédit d'un citoyen, en faisant diminuer la confiance de la population, sur laquelle il comptait pour l'exercice de sa profession, de son commerce ou industrie, et qui peut se traduire dans ses derniers effets par un préjudice matériel » (2) ; tantôt « le fait qui a pour conséquence la privation d'une famille de la direction du père (3) ; tantôt « l'acte qui atteint l'honneur et la réputation de quelqu'un, et duquel dérive un préjudice matériel » (4), et tantôt « l'impression sinistre que ce fait (expulsion d'un locataire) devait réveiller dans l'opinion publique, et l'atteinte à la réputation qui s'ensuivait ; la préoc-

(1) *Luigi Pedrazzi*, Del danno morale, *Giurisprudenza italiana*, 1892, p. 357

(2) Bologne, 30 mars 1888, *Rivista Giuridica*, p. 100.

(3) Napoli, 13 juill. 1896 ; Genova, 12 févr. 1881, *Ecodi Giurisprudenza*, 1881, V. 1, 182.

(4) Catania, 24 juin 1898, *Sinossi giuridica*, 1898 fr. 136 art. 1151.

cupation, l'inquiétude de se trouver inopinément privé d'abri, de supporter l'inconfort et les sacrifices d'argent pour se pourvoir dans quelques jours d'une autre habitation » (1).

Comme on le voit, en Italie on incline à donner au dommage moral plutôt la signification de préjudice patrimonial indirect (2).

Mais, dans les dernières années, cette notion semble arriver à acquérir, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, son véritable sens de « lésion d'un droit subjectif qui ne rentre pas dans la sphère des droits patrimoniaux. »

En France pourtant le dommage moral a été compris dans sa juste acception que nous avons indiquée, bien que les expressions employées pour le désigner (« dommage moral », « préjudice moral », « tort moral ») ne soient pas parfaitement adéquates et manquent un peu de précision juridique.

En effet, dans la lésion de l'intérêt non-économique, il n'y a pas forcément quelque chose qui blesse la morale, comme ces expressions pourraient le faire supposer. En outre, la sphère de cette notion est plus compréhensible que son titre ne l'indique, car elle embrasse non seulement les intérêts psychiques (intellectuels et sentimentaux) comme l'attribut « moral » a l'air de l'indiquer, mais aussi les intérêts physiques, se rapportant aux commodités, aux plaisirs et aux agréments, en un mot au bien-être de l'homme (3).

(1) Venezia, 18 fév. 1887, *Temì ven.* 1887, p. 143.

(2) M. Minozzi fait remarquer que le législateur lui-même se fait l'écho de cette confusion dans les travaux préparatoires du nouveau Code pénal italien. (op. cit. p. 9 et suiv.)

(3) Cfr. Dorville, thèse citée p. 3 — *Martin-Achard*, Réparation pécuniaire du tort moral, thèse Genève, 1908.

C'est pourquoi l'expression de *dommage non-patrimonial* (non-économique) correspondant à l'allemand « nicht vermögensrechtlich (non-pécuniaire) est préférable, car elle met plus en relief le caractère essentiel, indispensable, de ce genre de dommage. En outre, en concours avec l'autre expression corrélatrice, *dommage patrimonial* (économique), elle complète plus clairement la conception entière du *dommage* par rapport à tous les biens de la vie.

Néanmoins, l'expression de « dommage moral » est consacrée, et par les auteurs et par la jurisprudence, et nous emploierons au cours de cette étude, l'une et l'autre, sans distinction.

CHAPITRE I^{er}

Fondement et généralité de la réparation de tout dommage

§ 1. — L'obligation de réparer le préjudice causé injustement à autrui est un principe indiscutable du droit naturel. Il serait superflu d'insister sur sa valeur et sa nécessité sociale. Mais, pour la discussion de notre thèse, il faudra nous demander à travers quelle idée ce principe s'est formé.

Lorsque l'obligation d'indemnisation a pour origine directe un enrichissement sans cause, elle se comprend d'elle-même : nul ne peut conserver ce qui appartient à autrui. Mais la plupart des fois l'auteur d'un dommage — dommage matériel ou moral — qu'il l'ait causé en n'exécutant pas son engagement ou en commettant un délit civil ou un quasi-délit, n'a tiré aucun profit de sa conduite. D'où dérive dans ce cas l'obligation pour lui d'effacer quand même les conséquences de son acte ?

Si on regarde attentivement la nature de cette responsabilité, on arrive à s'apercevoir qu'elle implique la notion d'un châti-

ment (1). Très certainement dans les sociétés primitives, on ne faisait pas une distinction nette entre le délit pénal et l'atteinte portée au droit d'autrui, atteinte qui constitue le délit civil. Mais plus tard, de même que pour le délit pénal, — infraction contre la société — on a commencé à prendre en considération non seulement l'acte matériel en lui-même, mais aussi les mobiles de celui qui en était l'auteur (2), de même pour l'infraction commise au détriment des particuliers, on a commencé à émettre une appréciation sur la valeur de l'agent. C'est ainsi que la notion de faute se fait jour.

L'idée directrice de tout ce développement a été celle-ci : la faute révèle chez l'auteur de l'acte des dispositions incompatibles avec l'ordre social et contre lesquelles, dès lors, la société doit réagir. Comment réagit-elle aujourd'hui ? Soit en lui infligeant une pénalité, quand l'acte fautif est un attentat à l'organisation sociale, soit en l'obligeant à accorder une compensation, quand la conséquence de son acte n'a été qu'une atteinte à la personnalité ou au patrimoine d'un membre de cette société.

Donc, le fondement de toute responsabilité, pénale ou civile, est la faute consistant en un manquement à une obligation imposée par la société. La meilleure preuve en est que très souvent la responsabilité civile se greffe sur la responsabilité pénale.

Cette obligation, dans le cas de responsabilité civile, est imposée par la société en vue de protéger les intérêts d'autrui.

(1) Cfr. *Vauthier*, Essais de philosophie sociale, p. 242.

(2) R. *Dareste*, Etude sur l'histoire du Droit, p. 148 (étude sur l'ouvrage de M. Maxime Kowaleski : Coutume contemporaine et lois primitives) — de *Théring*, Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain, de la faute en droit privé, p. 11.

sans quoi elle ne pourrait pas exister. Elle dérive quelquefois de la loi qui crée une obligation juridique générale de respecter la vie, la santé, l'honneur, en un mot les biens d'autrui et que le législateur français a sanctionné dans les articles 1382 et suivants. Souvent elle dérive d'un rapport contractuel, antérieur au fait délictueux. Mais dans les deux cas c'est toujours la loi, la volonté commune et souveraine, qui impose la réparation, car c'est elle qui « commande d'exécuter les conventions dans la mesure du possible et qui leur communique en les sanctionnant leur force obligatoire » (1).

Le contrat est lui-même une loi. « Les conventions légalement formées, dit l'article 1134, tiennent *lieu de loi* à ceux qui les ont faites » — « Toutes les fois, est-il dit dans les travaux préparatoires du Code civil, qu'une convention aura été légalement formée, cette convention sera elle-même une loi » — « Le jugement qui la violera sera soumis à la censure du tribunal chargé par la Constitution de les conserver toutes et de les garantir de l'entreprise de l'arbitraire. » (2).

C'est dire que l'obligation de payer des dommages-intérêts à cause de l'inexécution d'un contrat ne dérive pas du contrat, mais de la loi. Un arrêt d'une Cour anglaise, rapporté par Pollok (*Law of torts*, p. 529) justifie cette manière de voir en disant « qu'une personne qui contracte pense à l'exécution de son contrat et non pas à sa rupture ; elle ne s'est pas obligée de payer des dommages-intérêts, mais elle est tenue par la loi

(1) *Marcel Planiol*, note au D. 96, 2, 457.

(2) *Trav. Préparatoires*, rapport de Favard au tribunal, v. Fénét.

de réparer l'injustice que le non-accomplissement du contrat a pu occasionner au créancier.

Certes, il y a des différences entre les régimes auxquels sont soumises les deux sortes de responsabilité (celle qui dérive d'un acte illicite et celle qui dérive de l'inexécution d'un contrat), et à ce point de vue, on a pu très bien dire que la distinction de la faute contractuelle et de la faute délictuelle « n'est pas sérieusement contestable » (1) ; mais cette différence, comme le fait remarquer M. Planiol, on n'a pas besoin de lui chercher une explication dans une diversité de nature. Elle s'explique par des motifs tenant tantôt à l'*étendue* de l'obligation, tantôt à son *objet*, tantôt au *degré de culpabilité* de l'agent.

L'inexécution ou la violation d'un contrat est donc un acte illicite, au même titre que les délits. Elle est défendue par une règle légale (art. 1134) qui a la même origine et le même but dans les deux cas (2). Un exemple remarquable nous en est fourni par la jurisprudence en matière de rupture de promesse de mariage. Jusqu'en 1838, une indemnité pécuniaire était accordée au fiancé abandonné, par les tribunaux en donnant comme justification le contrat qui était intervenu ; depuis cette date, c'est l'art. 1382 qui sert de base à cette indemnité. La

(1) *Huc*, Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. VIII, n° 424.

(2) Cf. *Grandmoulin*, Nature délictuelle de la responsabilité, thèse, Rennes, 1892 — Voir encore dans ce sens : *Lefebvre*, Revue critique, 1886, p. 486. — *Deschamps*, Le dol et la faute des incapables, p. 276 et p. 8 — *Robin*, De la responsabilité, thèse, Paris 1887 — *Massin*, De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire, thèse Paris 1893 — *Tabouriech*, Responsabilité contractuelle et délictuelle, thèse, Paris, 1889 — *Saleilles*, Théorie générale de l'obligation. — *Raoul de la Grasserie*, Projet de Code civil allemand, art. 704 et suiv. — *Gabba*, Contributo alla teorica del danno e del risarcimento in diritto civile italiano, dans *Giurisprudenza italiana*, 1899, p. 643.

cause juridique des dommages-intérêts a donc changé ; la responsabilité en vertu de laquelle le fiancé en faute était tenu, n'est plus la même, mais le sort de ces dommages-intérêts est demeuré identique. C'est toujours le préjudice causé qui continue à les justifier. Le fait que la même condamnation a pu sanctionner les deux responsabilités montre qu'elles sont de la même nature.

§ 2. — De même que l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est une au point de vue du *fait générateur de ce préjudice*, de même elle est une au point de vue de la *nature du préjudice*, des intérêts qui en souffrent.

Il est indubitable qu'entre toutes les actions de l'homme existe un rapport et qu'une tendance les dirige toutes vers le même but. Ce but est la recherche du bonheur, et le bonheur a comme fondement le plaisir pris dans son sens le plus large. Se procurer le plus grand nombre de sensations agréables, matérielles ou spirituelles, et fuir, le plus souvent possible, la douleur, voilà le but de l'homme dans la vie privée comme dans la vie sociale.

En conséquence, l'homme étend son activité sur les choses externes qu'il transforme et fait siennes, comme instruments nécessaires à la satisfaction de ses besoins, à la création de ces sensations agréables et à la répudiation de la douleur (1).

Les choses deviennent alors des biens. Quelle que soit la nature de la destination d'un bien — dans le langage commun il y a diverses catégories, selon que ces biens servent à satisfaire

(1) Cfr. *Ahrens*, Cours de droit naturel, p. 105 et suiv. — *Proudhon*, Traité du domaine de propriété, ch. I, par 1 : « On entend en général par la dénomination et sous le nom de *biens* toutes les choses qui contribuent au bien-être de l'homme ».

un besoin d'ordre moral, économique, physique, esthétique, religieux, etc. — sa fonction est toujours la même dans ses rapports avec l'homme. Les services qu'une personne rend à une autre, soit en accomplissant un fait, soit en s'abstenant d'un acte quelconque, est, de par sa fonction, un bien.

Mais tous les biens ne sont pas acquis à l'homme par son activité dans le monde extérieur. Il y en a qui naissent avec lui. Ce sont les biens originaires — par opposition aux biens qu'on appelle dérivés — les biens instrumentaires, comme on les appellerait en Economie politique, car ils sont employés pour acquérir les autres. Les deux catégories constituent ensemble l'*avoir* d'une personne (1), tout ce qui lui appartient, tout ce qui est sien.

La fonction qu'un bien remplit pour le service de l'homme fait naître l'idée de l'utile et l'idée d'utilité, et le degré d'utilité dans les rapports des hommes fait naître l'idée de valeur.

Si le bien est la chose qui suffit à nos besoins, qui satisfait notre but vers les sensations agréables, rationnellement comprises, et notre aversion pour la douleur, le *non-bien* ou la chose dommageable sera celle qui ne satisfait pas nos besoins, qui réduit la quantité des plaisirs que nous avons ou nous apporte une douleur que nous n'avons pas.

De même que l'utilité est la conséquence des biens, de même le dommage est la conséquence des *non-biens* ; et de même qu'il y a une échelle des utilités, de même il doit y avoir une échelle

(1) La notion de l'*avoir* est beaucoup plus large que celle de patrimoine. Celle-ci comprend seulement ce que *Paul* désigne par les mots « *pecunia lui præstarique possunt* », tandis que celle-là comprend en plus ce que le même jurisconsulte entendait par biens qui sont *extra computationem patrimonii nostri* » (*Paul*, lib. II. ad. Edictum, fr. 5, 50, 16).

des dommages. L'idée de dommage dépend donc de l'idée de l'utilité : autant d'utilités ou d'intérêts dans la vie, autant de dommages dans le sens abstrait.

Mais l'idée de biens de quelque nature qu'ils soient, l'idée d'utile, comme l'idée de dommageable, supposent l'homme avec ses besoins, avec sa tendance vers le bonheur, vers le bien-être. C'est toujours l'homme qui donne la qualité d'utile ou de dommageable aux choses ; la satisfaction des besoins humains, les sensations agréables ou douloureuses ne peuvent être ressenties que par l'homme.

Les utilités comme les dommages arrivent à nous par l'intermédiaire des sensations, lesquelles se résolvent en plaisir ou en douleur. Un mot de louange est un bien, tout comme une somme d'argent ; de même qu'une offense à l'honneur est un mal, tout comme la soustraction d'un billet de banque, et pour beaucoup plus grand encore.

Par conséquent, au point de vue philosophique, l'étude du dommage et de sa réparation doit être faite uniquement par rapport à l'homme. Il s'en suit que de même qu'il ne peut y avoir en pure raison des biens matériels et immatériels, de même il ne peut exister aucune distinction entre dommages matériels et immatériels ou moraux.

En effet, quand nous voulons savoir si une chose est ou non dommageable pour nous, nous ne regardons pas seulement si elle nous apporte une diminution ou une augmentation de notre capital, de notre richesse économique, mais encore si elle trouble ou non notre état de bien-être.

Pour avoir la conception complète du dommage, il faut donc

partir non pas de la chose, mais de la personne ; il ne faut pas envisager uniquement la fin économique qui n'est pas une fin, mais seulement un moyen d'atteindre notre bonheur.

Maintenant, au point de vue juridique, peut-on dire que toute sensation douloureuse est un dommage ?

Ihering, dans sa définition du droit, répudiant la théorie qui fait de la *volonté juridique abstraite* l'élément substantiel du droit, proclame l'*utilité* comme fondement de celui-ci. Car, « la volonté, dit-il, peut à la rigueur être dévolue à un tiers, elle peut être paralysée ; l'utilité réelle ne peut se remettre à un tiers, sans que le droit lui-même soit atteint. Le sujet du droit c'est celui auquel la loi destine l'utilité du droit ; la mission du droit n'est autre que de lui garantir cette utilité ». Par conséquent, les droits sont des *intérêts juridiquement protégés* » (1) — « Le but est le même pour tous les droits : tous doivent nous procurer une utilité ; la liberté aussi bien que la propriété, le mariage aussi bien que les obligations. »

Mais, pour être individuelle, cette utilité doit être encore générale, d'où le besoin d'une solidarité résultant d'un réciproque accord, lequel est le fondement des obligations et du droit naturel.

La conception du bien d'où nous sommes partis pour déterminer celle du dommage, est une conception économique, philosophique et juridique à la fois. Quand le juriste entend par bien la chose qui est capable de devenir objet des rapports juridiques,

(1) de Ihering, *Esprit du droit Romain*, trad. Meulenaere, p. 325 et suiv. — Cfr. *Dernburg*, *Pandekten*, t. II, chap. 17. — *Miraglia*, *Filosofia del diritto*, *Introduzione*, p. 180.

il ne contredit pas la définition du bien comme la chose capable de satisfaire un besoin. Dans les deux cas, il s'agit d'utilité. Le droit ne fait en somme que donner consistance et forme juridique aux rapports qui ont pour objet les biens, en tant qu'ils satisfont les besoins de notre vie. Mais, quand on définit le bien comme la *chose qui fait partie du patrimoine*, on ne donne pas la vraie définition, car on ne précise pas le caractère juridique essentiel, qui fait acquérir à la chose la qualité de bien. En outre, on laisse de côté les biens qui « *extra computationem patrimonii nostri sunt* ».

Le patrimoine, tel que l'entend le code français (art. 724, 2092, et 2093), n'embrasse pas toute l'activité juridique d'une personne : tous les droits politiques et administratifs, les droits de famille et de puissance paternelle, sont des biens, leur lésion constitue un dommage — matériel ou moral — qui doit être réparé ; mais ils ne font pas partie du patrimoine. Le code les a exclus, comme n'étant en eux-mêmes et *à priori* susceptibles d'appréciation pécuniaire et comme ne pouvant donner lieu à une pareille appréciation qu'autant qu'on y a apporté quelques dommages et dans la mesure de ce dommage seulement (1).

Il n'y a donc pas en droit une telle relation entre la notion de bien et celle de patrimoine, pour faire dépendre l'existence juridique d'un bien de ce qu'il appartient ou non au patrimoine. La conception du bien, comme celle de l'utilité, s'est développée parallèlement au progrès des besoins humains, tandis que le

(1) Cfr. *Aubry et Rau*, Cours de droit civil français, t. VI, p. 230, notes 5 et 7.

D'ailleurs le Code portugais en énumère un grand nombre avec la mention que toute atteinte constituant un dommage par rapport à ces droits doit être réparé (Art. 359 à 365 et l'art. 2354).

patrimoine — non pas le *droit au patrimoine* qui est autre chose — tout en augmentant, a gardé le même aspect juridique externe. On a considéré comme objet des rapports juridiques, comme *bona*, au commencement seulement les *res corporales*, après on y a fait rentrer les *res incorporales*, et enfin on est arrivé à dire *bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse* (Ulpien L. 49 de v. s., D. 50, 16).

Restreindre la notion de bien dans les limites de celle de patrimoine, c'est comme si on faisait dépendre l'existence du droit de celle du patrimoine. Le droit ne peut pas avoir pour but de s'occuper seulement des biens matériels et pécuniaires, qui forment le patrimoine ; c'est l'Economie politique qui enferme entre ses frontières ces seuls biens. Le Droit, ayant à régler les rapports juridiques de toute la vie sociale, a un objet beaucoup plus vaste. Il doit protéger tous les intérêts, tous les biens, qu'ils aient ou non une valeur cotée dans le commerce. C'est là la notion de l'intérêt en Droit (1).

Le même raisonnement doit être fait pour le dommage, par rapport à la notion de patrimoine. Si on se borne à soumettre à la tutelle juridique seulement le patrimoine, on laisse sans protection toute une partie de la personnalité humaine et on regarde seulement son côté économique, son aspect restreint et particulier. Dans ces extrêmes conséquences, tout dommage a un rapport avec le patrimoine (2). Mais la notion de patrimoine n'est

(1) *Lucian Kleine*, Genügt affections Interesse bei Geltendmachung eines Forderungsrechts ? p. 65.

(2) « Il y a dit M. *Ribot* (La psychologie des sentiments, p. 83) en étudiant les répercussions des différents sentiments, un accord presque unanime et bien rare entre les diverses écoles : le plaisir a pour condition un accroissement, la douleur une diminution d'activité ».

pas indispensable pour déterminer celle de dommage ; la conception même de *Droit* commande, comme on l'a vue, de sauvegarder toutes les utilités que la personne possède, originairement ou par dérivation, de protéger les intérêts moraux dans la même mesure que les intérêts patrimoniaux, de réparer les atteintes portées aux premiers au même titre que celles portées aux seconds.

Il est donc faux d'affirmer, comme le fait M. Beudant (1), que « si le fait volontaire n'est pas pécuniairement appréciable, l'inexécution de l'obligation ne cause aucun préjudice ». La conception du dommage ne peut pas être circonscrite aux atteintes portées au patrimoine mais doit être généralisée : c'est une atteinte, une altération qui influe fâcheusement sur l'état d'une personne, soit pas l'intermédiaire des biens économiques, soit par celui de ses biens moraux. Et nécessairement la réparation de cette atteinte s'imposera dans un cas comme dans l'autre.

§ 3. — On a prétendu ci dessus page 8), tout en admettant le principe de la protection des intérêts moraux, qu'il faut en exclure les légitimes affections, que le dommage qui se rapporte à cette catégorie d'intérêts ne doit pas être pris en considération. Il ne faut pas confondre, dit M. Laborde (2), l'intérêt d'affection avec l'intérêt moral, car celui-là n'a pas de valeur, tandis que celui-ci en a une. La violation de celui-là ne peut être réparée, mais la violation de celui-ci peut très bien l'être. Pourquoi ? Parce que : 1° l'affection, étant un sentiment personnel, répugne à toute évaluation pécuniaire. 2° la preuve ne peut en être faite

(1) Cours de droit civil français. Les contrats et les obligations, n° 193.

(2) Op. et loc. cit.

que par le témoignage même de la personne qui l'invoque, ce qui serait violer la règle qu'on ne peut se créer un titre à soi-même. Par contre, le bien moral réside dans l'opinion que le public se fait sur l'honneur, la considération, la réputation de quelqu'un, et pour en prouver l'existence on peut faire appel à l'appréciation des tiers.

La distinction qu'établit M. Laborde ne résiste pas, comme on le verra plus loin, à une analyse sérieuse de ces divers intérêts. Elle est superficielle, elle tient plutôt à la question de savoir quelle limite il faut assigner au dommage moral qu'à la nécessité d'établir une différence entre les légitimes affections (sensations ou impressions intimes), d'une part, et les biens moraux proprement dits (qui peuvent être appréciés par les tiers), d'autre part.

Les atteintes à l'honneur, dit-on, peuvent faire perdre l'estime et le respect des honnêtes gens. Mais celui dont le père, vieux et infirme, par exemple, a été assassiné, ou celui qu'on a privé des objets d'une valeur purement subjective, n'a rien perdu de sa considération, et son malheur n'a pu, au contraire, que lui attirer des sympathies ; sa douleur peut être profonde, mais l'argent ne saurait en être le prix. Ceux qui admettent, répète-t-on, l'action résultant de la *causa doloris* (1) s'inspirent plus qu'il ne faut de notre ancienne législation (2).

Comment serait-il possible d'admettre que l'argent pourrait être le prix de l'honneur et non pas celui de la douleur, et de

(1) On appelait ainsi autrefois les affections légitimes, les regrets, la douleur de l'âme.

(2) Voyez *Giboulot*, D. 1872, 2, 98.

traiter différemment des intérêts qui ont la même nature ? Le mal qu'on nous a fait, en nous attaquant dans notre honneur ou dans nos légitimes affections, se traduit par le même serrement de cœur, par le même trouble de l'âme, par les mêmes angoisses.

Qu'on ne nous réponde pas que le calomnié, contrairement à celui qui a été froissé dans ses légitimes affections, doit imposer silence à la calomnie. Ce silence peut être imposé par d'autres moyens judiciaires : affichage de la condamnation, insertions dans les journaux, etc., et pourtant les tribunaux n'hésitent pas à accorder une réparation pécuniaire, outre cette réparation en nature. Les lois de 1881 sur la presse et de 1895 sur les erreurs judiciaires nous en fournissent une preuve (1).

On a prétendu encore que le dommage moral ne peut donner lieu à une réparation pécuniaire que s'il en résulte un préjudice économique (2). C'est, en réalité, d'un dommage matériel qu'il s'agit là : dommage matériel indirect.

Enfin, rappelons, pour mémoire, que Aubry et Rau, qui n'admettent de réparation que pour le dommage moral causé par un fait illicite, introduisent une autre distinction : peut être réparé pécuniairement seulement le dommage moral qui a pour cause un délit criminel (3).

Toutes ces distinctions arbitraires, ou ne veulent considérer que l'intérêt matériel, ou ne tiennent pas compte de la nature vraie du dommage moral.

(1) Cfr. *Dorville*, op. cit. p. 64. *Cpr. Mataja*, op. cit., p. 151, 177, et suiv.

(2) *Meynial*, De la sanction des obligations de faire, *Revue pratique*, t. LVI, 1884, p. 440 et suiv. — V. aussi *Dalloz*, Répertoire v^o Responsabilité, n^o 278 et suiv.

(3) *Aubry et Rau*, cours de droit civil français, t. IV, p. 748.

§ 4. — De l'analyse à laquelle nous venons de nous livrer, il résulte qu'il n'est nullement indispensable pour la validité d'une obligation, que son objet soit un bien pécuniaire. Elle est pleinement valable même quand le créancier n'a qu'un intérêt moral ou d'affection à son exécution (1). Dans le Code civil il y a un texte qui confirme cette manière de voir. L'art. 1134 décide que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », il ne fait aucune distinction entre les conventions inspirées par un intérêt économique et celles qui le sont par un intérêt non-pécuniaire. Et on reconnaît que « tombent sous l'application de l'art. 1134 un grand nombre de contrats qui ne sont certainement pas entrés dans les prévisions du législateur, mais auxquels le développement économique, comme aussi les besoins et les habitudes nouvelles de la vie sociale, ont progressivement donné naissance » (2).

En effet, à quoi servirait-elle cette liberté des conventions, s'il n'est pas permis aux parties de conclure valablement un contrat à l'exécution duquel le créancier n'a qu'un intérêt d'affection, quand, bien entendu, cet intérêt n'est ni moral ni illécite ?

Mais telle n'est pas l'opinion de tous les jurisconsultes, et à

(1) Cfr. *Aubry et Rau*, 4^e édit. chap. 344, texte et notes 26 et 27. — *Planiol*, t. II, n. 1000. — *de Ihering*, Œuvres choisies, trad. Meul., t. II, p. 147. — *Windscheid*, Pandekten, 1879, t. II, p. 4, n. 3; p. 205, note 8. — *Ryck*, Die Obligatio, p. 47 et ss. — *Unger*, Jahrbücher für Dogmatik, t. X, p. 58, note 72; *Baron*, Pandekten, 1879, p. 314.

La doctrine de ces auteurs a été consacrée par le Code civ. allemand (art. 241) v. infra p. 114 s.) et par le Code civil japonais, art. 339 (Code civil révisé en 1896, trad. Motono et Tomii, p. 99) : « Le droit de créance peut avoir pour objet des avantages non-susceptibles d'évaluation en argent. »

(2) V. *Fuzier-Herman* et *Darras*, Codes annotés, v. Code civil, suppl. art. 1134.

ce système affirmatif on en oppose deux autres : un qui nie d'une façon absolue la validité d'un contrat dont l'objet est un intérêt non-pécuniaire, et l'autre qui, de deux manières différentes, réclame seulement des restrictions.

Les partisans du premier système sont presque tous ceux qui n'admettent pas que des dommages-intérêts puissent être alloués pour un préjudice non-pécuniaire résultant de l'inexécution d'un contrat, car ces deux questions ne sont que les deux faces d'un même problème.

« Il faut, soutient-on, que le stipulant ait un intérêt à l'accomplissement du fait et que cet intérêt soit appréciable en argent. A défaut de cette condition, le débiteur aurait pu contrevenir impunément à sa promesse, puisque l'inexécution de celle-ci n'aurait pu donner lieu à des dommages-intérêts » (1). C'est le raisonnement de Pothier, dont la doctrine moderne s'est approprié tous les termes.

Mais ce raisonnement est aujourd'hui une pétition de principe. Pothier partait, pour arriver à cette conclusion, de ce fait constant dans l'ancien droit français et l'ancienne jurisprudence que des dommages-intérêts n'étaient pas accordés pour un préjudice non-pécuniaire résultant du non-accomplissement d'une obligation. Ce fait est aujourd'hui contesté par la doctrine et démenti par la jurisprudence (2). Est-il encore logique de le

(1) *Baudry-Lacantinerie et Barde*, Obligations, t. I. n° 293. — Cfr. dans le même sens : *Laurent*, t. XIV, n° 81. — *Giorgi*, *Theoria delle obligazioni*, t. III, n° 434. — Cpr. *Aubry et Rau*, t. VI, p. 320.

(2) Voyez *Infra*, p. 30 et s., les nombreux cas dans lesquels la jurisprudence a accordé des dommages-intérêts en raison de l'intérêt d'affection que le créancier avait à l'exécution de l'obligation.

prendre comme prémisse, pour arriver à cette conclusion que l'objet de l'obligation doit être pécuniairement appréciable ?

D'ailleurs Pothier, comme les auteurs modernes qui ont adopté ses idées, décidait que si un fait, dont l'accomplissement ne présente pour le stipulant d'intérêt appréciable en argent, ne peut constituer l'objet d'une obligation, peut en être la condition ou la charge (1). Ainsi serait valable l'obligation qu'une personne a prise de me payer une certaine somme, si elle ne s'abstenait plus désormais de jouer. En d'autres termes, la clause pénale aurait cet effet de vivifier l'obligation civilement nulle.

On se trouverait donc devant cette situation étrange : si vous avez, vous créancier, fait suivre votre convention d'une clause pénale, on présume que vous aviez eu l'intention de sanctionner une convention qui n'a pas d'intérêt pécuniaire pour vous ; mais si vous avez eu le malheur d'oublier de prendre cette précaution, on présume que votre intention a été de ne donner aucune sanction à votre contrat. Nous voudrions savoir quel peut bien être le but d'une personne qui conclut un contrat sachant d'avance qu'il sera nul.

Giorgi (2) s'appuie sur l'article 1116 du code civil italien, traduction exacte de l'art. 1128, Code civil français : « Les seules choses qui sont dans le commerce peuvent former l'objet d'une obligation. » Mais ce texte ne nous apprend rien du tout, car choses qui sont « dans le commerce » veut dire justement celles qui peuvent servir d'objets aux contrats.

Les partisans du second système — le système restrictif —

(1) V. *Pothier*, Obligations, n° 139.

(2) *Op. et loc. cit.*

admettent qu'une obligation peut avoir pour objet un intérêt non-pécuniaire, mais seulement si cet intérêt constitue pour le créancier l'*accomplissement d'une obligation naturelle* ou d'un *devoir moral*, d'après les uns (1), ou s'il peut au moins se réduire à une valeur pécuniaire, d'après les autres (2).

C'est un système de transition qui part d'ailleurs du même point de vue que le précédent : la possibilité de liquider en numéraire l'obligation qui n'a point été exécutée. Il est du reste moins pratique qu'il n'en a l'air, car, à nous en tenir à la réduction à une valeur pécuniaire, il n'est pas toujours facile de dire combien valent les soins d'un médecin qui s'était obligé à me fournir, ou les leçons qu'un professeur avait promis de me donner jusqu'à ce que je sache bien jouer du piano. La réparation s'élèvera en ce cas à la valeur qui, suivant une sorte de tarif général, aura été attribuée à l'intérêt moral. Mais dans beaucoup de cas, ce tarif ne pouvant pas être déterminé (par exemple dans le cas d'un spectateur qui avait été invité à une soirée artistique non payante et qui se voit refuser l'entrée), le juge se verra dans l'obligation de refuser tous dommages-intérêts ou de réparer le préjudice à moitié.

En outre ce système est illogique, car il restreint arbitrairement le cercle des intérêts moraux reconnus comme juridiques, et il consacre des solutions absurdes et injustes (3). Un locataire, d'après cette doctrine, devra être condamné à une indem-

(1) Voir : A) *Puchta*, Pandekten, 1778, p. 337. — *Buchka*, Lehre von d. Stellvertretung, p. 190. — B) *Aubry et Rau*, t. IV, chap. 344, *In fine*.

(2) Cette dernière opinion est professée seulement par quelques jurisconsultes allemands : *Arandl*, *Neuner* et *Brucher*, anciennement ; *Dernburg*, *Koller* et *Endemann*, dans les temps plus modernes.

(3) Cfr. *Dorville*, op. cit. p. 178.

nité quand il ne respecte pas l'obligation qu'il a prise de ne pas jouer du piano après 11 heures du soir, si cette obligation a été contractée envers son propriétaire ; mais il ne pourra pas l'être si c'est son co-locataire à qui il avait fait cette promesse. En effet, dans le premier cas, l'intérêt du stipulant peut se réduire à une valeur pécuniaire, car le propriétaire a pu consentir à son locataire une réduction en raison de la charge dont il le grevait, tandis que dans le second cas, la promesse manque d'intérêt pécuniaire.

Il faut donc conclure que le caractère pécuniaire n'est pas de l'essence de l'objet qui se trouve à la base des obligations, et que les intérêts moraux, aussi bien que les intérêts matériels, peuvent, dans la mesure où les lois le permettent, fournir la matière aux contrats.

§ 5. — Il est à peine nécessaire de dire qu'à ces intérêts qui peuvent servir d'objet à des rapports juridiques, il faut assigner certaines limites. La loi elle-même le fait, ainsi que pour les biens matériels, du reste.

Mais ce n'est pas seulement la loi qui, dans le but de protéger ces biens, qu'elle estime inséparables de la personnalité, quelquefois dans le but de maintenir la stabilité de la société, met hors des conventions certains biens non-patrimoniaux (l'état et la capacité des personnes, la liberté du travail, etc.). Il y a d'autres considérations qui limitent la sphère des intérêts moraux pouvant constituer l'objet valable des contrats.

Sont en dehors de cette sphère d'abord les biens qui relèvent de la conscience intime de l'homme, qui ne se traduisent pas par des rapports extérieurs entre homme et homme ou entre l'homme

et les choses, et qui, comme tels, appartiennent à la morale, aux bonnes mœurs ou aux règles de la convenance, mais pas au Droit.

Parmi ceux-ci mêmes, il y en a qui, par leur nature, sont destinés à répondre à un besoin social, mais qui sont restés dans l'intimité de la conscience, parce que, vu l'état social de l'époque, ils ne pouvaient pas devenir des biens sociaux. Ceux-là ne tarderont pas à franchir la frontière et à passer dans le domaine du droit.

Ce sont ensuite les biens qui n'atteignent pas le degré d'utilité et de nécessité sociales indispensables pour rendre la contrainte juridique applicable.

Mais il n'y a là que des constatations de faits, car il n'est pas possible de déterminer avec précision les limites de la tutelle juridique et, partant, d'énumérer les engagements ou même les catégories d'engagements qui doivent rester privés des sanctions du Droit. La doctrine pourra donner des exemples de ces intérêts sur lesquels les particuliers, ont la faculté de fonder leurs rapports juridiques, mais jamais des tableaux où on soit en droit de considérer comprises toutes les hypothèses.

Tout ce qu'il est possible de faire c'est d'indiquer un critérium avec lequel les juges puissent se guider, car c'est à eux de dire, dans chaque cas particulier, si tel ou tel engagement doit emprunter au Droit sa force obligatoire, en d'autres mots, si la sanction des dommages-intérêts, la seule possible dans notre matière, peut ou non s'appliquer en cas d'inaccomplissement.

Sans nous attarder à examiner les différents essais faits par les auteurs, en vue de grouper toutes les hypothèses d'engage-

ments civilement non-valables, nous croyons que le seul critérium sûr doit être la volonté des parties. Si l'on analyse tous les cas que l'on en a cités, on s'aperçoit que les contractants n'ont pas entendu se lier *juridiquement*. Il y a dans leurs engagements une sorte de condition purement potestative — « si *voluero* » — qui les empêche de former des obligations juridiques valables.

Partout où l'existence de cette condition sera évidente, les juges, sans s'inquiéter si la prestation offre ou non pour le créancier une valeur économique, devront refuser la sanction du Droit à l'engagement. Mais, dans tous les cas où il n'y aura pas eu cette condition au moment de la formation de l'engagement, on doit considérer celui-ci comme juridiquement valable et, au cas d'inexécution, accorder des dommages-intérêts.

Un peintre amateur promet à une jolie dame de faire son portrait. Cet engagement l'a-t-il lié au point de vue juridique ? Tout dépendra des circonstances. Si l'intention de la jolie dame a été réellement de commander son portrait et celle du peintre de lui en faire un, en d'autres termes, s'ils ont voulu créer une véritable obligation civile, le manque de promesse de la part du peintre aura pour conséquence des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts seront accordés en réparation du préjudice que la dame a subi par le fait de ne pas avoir eu le portrait lorsqu'elle en avait besoin. Mais s'il s'agit seulement d'une promesse de galant homme, le manque de cette promesse n'aura pas eu des conséquences fâcheuses pour la dame et, par conséquent, ne comportera d'autres sanctions que celles qui sont imposées par les convenances et les relations mondaines.

Un pianiste de profession s'engage envers la maîtresse d'une maison à fournir son concours à une soirée artistique.

Ce n'est pas parce qu'il vit de sa profession, ni parce que son engagement peut se réduire à une valeur pécuniaire, comme on l'a dit, qu'il sera condamné à des dommages-intérêts envers la dame, en cas de non-exécution de son engagement. C'est simplement parce que, dans la plupart des cas, l'intention des deux parties aura été de se lier juridiquement, civilement.

CHAPITRE II

Réfutation des arguments contre la réparation du dommage moral

SECTION I

Les arguments d'ordre général

I

Contre la réparation du dommage moral, on a objecté d'abord l'impossibilité d'établir une équivalence entre le dommage subi et la somme d'argent qu'on allouerait, équivalence qui est la condition essentielle de toute réparation civile, En d'autres termes, la condamnation à réparer pécuniairement un préjudice non-patrimonial ne serait pas une véritable réparation civile, mais une peine.

Tout d'abord, il faudra se demander si une équivalence par-

faite du dommage et de l'indemnité est nécessaire pour la notion de réparation et s'il est vrai qu'autrement cette réparation constituerait une peine et par conséquent appartiendrait au droit pénal et non au droit civil.

Nous nous proposons, au contraire, de démontrer :

1° Que même dans le cas du dommage moral, une équivalence tout autant approximative que celle qui s'applique pour tous les autres dommages peut s'établir.

2° Que en tous cas l'argent peut constituer une réparation d'une autre manière que par sa fonction d'équivalence : c'est par sa fonction satisfactoire.

3° Que dans ce cas, on ne peut pas parler d'une peine, mais d'une véritable indemnité.

1° Ce point est le nœud de toute la question car c'est sur l'appréciation du dommage que porte toute la discussion entre les deux écoles : celle qui affirme et celle qui nie le droit à la réparation du dommage moral en général. Cette dernière admet bien qu'il y a des dommages non-patrimoniaux qui sont dignes d'être pris en estime, mais, considérant qu'il est impossible de les réduire mathématiquement à une valeur pécuniaire, refuse toute action juridique et laisse ainsi sans protection, en vertu d'un scrupule théorique, nombre de biens et d'intérêts.

Mais comment est-il possible de limiter la tutelle juridique à cause d'une difficulté pratique ? Ceux qui refusent asile à un principe qui s'impose dans la raison et dans l'équité, regardent la vie par un prisme tout à fait matériel et mercantile, qui n'est pas celui du droit.

Les exigences humaines et sociales — en tant qu'elles sont

compatibles avec les dispositions de la loi écrite — peuvent seuls intervenir pour imposer une pareille restriction (1).

Or, le droit positif admet pleinement l'obligation à la réparation, quand il en énonce le principe dans l'art. 1382, le siège de la matière, et exige comme condition seulement la faute et le dommage, sans distinction. D'autre part, la majorité de la doctrine et spécialement la jurisprudence, qui a pour but, non seulement de traduire sèchement les textes de la loi, mais encore et surtout de les interpréter et de les appliquer selon l'esprit du temps et les nécessités pratiques, appliquent les deux éléments du dommage et de la faute, de manière que le principe du droit à la réparation satisfasse les exigences pratiques et les multiples besoins de la vie.

M. Dorville (2), cite un très bon exemple des cas où un est bien forcé d'admettre une appréciation pécuniaire des objets ne faisant pas partie du patrimoine économique.

En cas de partage d'une succession dans laquelle se trouvent des biens sans valeur pécuniaire (décorations, armes d'honneur, diplômes, portraits de famille, papiers domestiques, etc...) la plupart des auteurs (3) et une bonne partie de la jurisprudence (4),

(1) Cfr. *Bosc*, Essais sur les éléments constitutifs du délit civil, thèse, Montpellier, p. 209 - 215 et 222 - 226 — *Dorville*, op. cit. p. 67 - 80 — Voyez aussi le jugement du tribunal civil de Montpellier, du 21 nov. 1877, où il est dit : « La difficulté d'appréciation d'un dommage réel ou moral ne saurait influencer sur la recevabilité de la plainte, une question de chiffre ne pouvant créer une difficulté de principe ».

(2) op. cit p. 20.

(3) V. *Aubry*, et *Rau*, Droit civil, t. VI ch. 621 — *Huc*, Droit civil, t. V, n° 279 — *Le Sellyer*, t. II, n° 1192.

(4) V. Paris, 19 mars 1864, S. 64. 2. 170 ; D. 64. 2. 58. — Lyon, 20 dec. 1861, S. 62. 2. 303 et note ; D. 64. 2. 7 — Note au Sirey, 74. 1. 477, sous Cass. 17 fév. 1874 — Trib. Civ. du Mans, 13 juill. 1886.

après avoir proposé plusieurs solutions, décident aujourd'hui que, faute par les héritiers de s'entendre sur l'attribution de ces biens, ils devront être licités sans le concours d'étrangers. Le fait de les mettre aux enchères, d'une part, le fait d'en exclure les étrangers, de l'autre, prouvent que l'affection que les héritiers avaient pour ces objets se traduit par une somme d'argent.

En cas de partage amiable, aussi, il s'établira une compensation entre la valeur vénale et la valeur d'affection. Car, pour répartir les biens équitablement, il faudra attribuer à chacun une valeur précise.

Dans tous ces cas, toute réparation du dommage matériel, comme du dommage moral, implique une certaine approximation, et on devrait dire qu'il s'agit plutôt d'une *compensation* que d'une équivalence. Si le tort qu'on a subi consiste dans la soustraction d'une chose à la jouissance de son légitime possesseur, l'indemnité consistera, si la restitution n'est pas possible dans la substitution à la chose soustraite d'une autre ayant autant que possible la même aptitude de satisfaire les besoins de la personne. Si le dommage consiste dans un empêchement physique ou moral à la jouissance d'autrui, l'indemnité sera une *satisfaction* procurée par la prestation de quelque chose d'utile ou d'agréable qui, bien que ne pouvant être considéré comme prix de la lésion, est cependant capable de compenser l'intérêt lésé.

Dans un cas comme dans l'autre, pour que le dommage se transforme en indemnité, il doit passer par deux espèces d'approximation, ce qui l'empêche d'être regardé comme équivalent de l'indemnité.

La première approximation, se rapportant à l'*an debeatur*, dérive de l'analyse sur la cause juridique du dommage et fait limiter le droit à la réparation aux seules conséquences plus ou moins directes du fait *contra jus* ; les normes en sont en partie confiées au prudent arbitrage du juge.

La seconde regarde le *quantum debeatur* et dérive de l'idée que se fait le juge des moyens les plus efficaces pour le rétablissement de l'état antérieur au fait dommageable. Ainsi presque toutes les législations disposent dans le cas le plus simple de réparation, celui où le dommage a été causé par l'inexécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent, que les dommages-intérêts consisteront toujours dans le paiement des intérêts légaux.

Tout cet *à priori* de considérer le dommage équivalent aux seuls intérêts fixés par le taux légal, montre suffisamment avec combien de relativité et approximation doit s'entendre le soi-disant criterium d'équivalence dans le domaine des dommages matériels.

Un autre exemple, toujours dans le domaine des contrats. L'art. 1150 du Code Civ. Français, comme les art. correspondants des Codes étrangers, outre qu'il limite dans tous les cas les dommages-intérêts aux seules conséquences prévues ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, dispose que, même en cas de dol de la part du débiteur, les dommages-intérêts ne comprendront que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. On voit que dans ce cas aussi, il ne peut pas y avoir une équivalence entre le dommage juridique, celui qui

est pris en considération pour être réparé, et celui qu'on a subi effectivement.

Dans le domaine des délits et quasi-délits, où il n'y a pas du tout de normes fixées par la loi pour calculer l'indemnité, l'équivalence est encore plus approximative.

Pourquoi alors exiger si scrupuleusement, en matière de préjudice non-patrimonial, que l'indemnité pécuniaire soit mathématiquement égale au dommage subi ? (1).

On objectera peut-être que le dommage moral n'ayant rien de ressemblant avec l'argent, une comparaison ne pourra même pas s'établir. Mais, nous l'avons dit, la détermination du dommage au fond n'est que la détermination des modifications apportées à la jouissance des biens de la vie. A travers le préjudice subi, on ne doit pas regarder le bien auquel on a apporté une lésion, mais la personne qui en souffre. La valeur est toujours quelque chose de subjectif, elle résulte de la comparaison du degré de désir avec celui de satisfaction que pourrait procurer la chose. Souvent la comparaison se fait avec l'argent qui est le commun dénominateur des valeurs, mais l'argent n'est employé comme terme de comparaison qu'en tant qu'ayant la qualité de satisfaire nos besoins, de nous procurer du plaisir. Le vrai terme de comparaison est donc *le besoin*, le plaisir. Rationnellement, la comparaison se fait toujours entre la douleur et le plaisir (2).

Dans la pratique de tous les jours, l'homme ne procède pas autrement ; nous ne ferions pas cet achat continu, en donnant

(1) Cfr. *Laurent*, Cours de droit civil, XX, n° 395, qui admet d'ailleurs seulement la réparation du dommage moral résultant d'un acte illicite.

(2) Cfr. *Pareto*, Cours d'Economie politique, p. 12.

de l'argent pour avoir des choses indispensables à notre vie, si nous ne nous rendions pas compte que le plaisir procuré par ces choses est plus grand que le regret ressenti quand nous nous dépossédons de notre argent.

Par conséquent, l'équivalence entre la douleur et l'argent, si impossible au premier abord, devient possible et juste, comme faite entre deux quantités homogènes, si au mot douleur on substitue la sensation agréable propre à faire disparaître cette douleur, et au mot argent, la sensation agréable qu'il est capable de produire.

On dit qu'il est difficile de trouver pour le dommage moral une unité de mesure, et après de traduire cette unité en un prix, comme on le fait pour les biens patrimoniaux. On n'a pas besoin de cette commune unité de mesure.

Les choses qui sont dans le commerce se traduisent facilement en une somme d'argent, ont un prix unique simplement parce que les besoins qu'elles satisfont sont communs (1) et le prix, sujet à de continuelles fluctuations du reste, n'est que l'expression du sentiment commun sur l'utilité de la chose. Mais on ne doit pas en inférer qu'une chose n'a pas de valeur ou qu'il faut renoncer à la déterminer uniquement parce qu'il nous manque la mesure et le prix établis. La manière d'évaluer un bien est toujours la même, il n'y a que son application qui varie, entre autres, en raison de la nature de l'objet de son degré de commercialité, de sa valeur d'usage, du rapport entre l'offre et la demande, rapport différent d'après les lieux et le temps,

(1) Cette idée est clairement exprimée par l'art. 305 du Code civil autrichien (ci-dessous p...).

la conception sociale, le développement des nouveaux besoins et l'augmentation des nouveaux biens de la vie.

Tous les jours on voit évaluer et échanger des œuvres d'art, des tableaux, des statues, des inventions, des services personnels, sans se servir du mètre cube, du gramme, ou d'autres unités de mesure connues.

Le criterium quantitatif est dans ce cas remplacé par une sorte de criterium qualitatif, tenant à la valeur d'usage de la chose. Dans le premier cas, l'opération est certainement plus exacte et plus facile que dans le second cas, mais il n'y a pas de contraste entre les deux, parce que le criterium quantitatif n'est que la généralisation du criterium qualitatif, comme la valeur d'échange n'est que la valeur d'usage généralisée. C'est donc une confusion ou une fausse généralisation qu'on fait, en disant que le dommage moral n'est pas susceptible d'appréciation. Cette confusion vient du fait qu'en cas de dommage patrimonial, la valeur de celui-ci se confond avec celle de la chose, tandis qu'en cas de dommage non-patrimonial, c'est-à-dire quand il s'agit d'une modification subjective et non pas objective, la valeur du dommage reste à être déterminée.

Peut-être pourrait-on, pour la réparation du préjudice moral, établir cette règle : on doit évaluer juridiquement un dommage d'après la valeur d'usage du bien endommagé, quand il n'a aucune valeur d'échange, en d'autres mots, tenir compte de son prix d'affection seulement quand il n'en a pas un commercial. Il est clair qu'une somme d'argent ou une maison ont une valeur d'échange. Dans ce cas, le prix d'affection n'est pas dû, encore que ces biens aient un peu aussi de valeur d'usage par rapport au

créancier et au propriétaire. Leur valeur d'échange suffit au juge à déterminer la compensation due. Au contraire quand il s'agira d'une lettre provenant d'une personne aimée ou d'un objet qui nous rappelle un cher disparu, on ne tiendra compte que de la valeur d'affection, du « prix extra-ordinaire », comme s'exprime le Code autrichien (art. 305), parce que ces objets n'en ont pas d'autre, et que leur possesseur ne les gardait que pour cette valeur. C'est l'unique dommage que la victime a ressenti, mais c'en est un (1).

Ce criterium pourrait peut-être trouver un appui dans l'art. 1151 du Code civil. Quand il s'agit d'estimer les conséquences d'un acte dommageable, la loi prend en considération seulement les conséquences importantes, dans lesquelles il considère les autres absorbées. Elle tient ainsi compte seulement de certains intérêts, de certaines valeurs.

En tous cas, exclusion des dommages juridiques, celui apporté aux choses qu'on apprécie d'après une commune mesure, serait décider qu'en droit on ne tient compte que de la valeur d'échange des choses et qu'on néglige toute valeur d'usage, ce qui serait faux.

Et peut-on, au point de vue de la raison et du bon sens, déduire du fait qu'on ne peut trouver un équivalent parfait du dommage moral qu'on ne doit employer celui qu'on a à sa portée ? Du fait qu'on ne peut mieux faire, il ne résulte pas qu'on ne doit rien faire (2). Un pareil système, non seulement blesse-

(1) Comp. Code civil de l'Autriche, art. 306.

(2) Cfr. *Boistel*, Philosophie du droit, t. I, p. 462.

rait la morale et le sentiment de justice, mais il serait anti-juridique, en désaccord avec les textes mêmes du Code.

Le juge ne peut pas décider qu'un préjudice moral n'est pas susceptible de se résoudre en dommages-intérêts, par cela seul qu'il éprouve une difficulté à apprécier en argent la réparation due. En effet, il est unanimement reconnu aujourd'hui par la jurisprudence que la formule de l'art. 1382 comprend le dommage moral aussi bien que le préjudice matériel. Sans doute, quand il s'agit d'un dommage moral la réparation parfaitement adéquate ne peut pas s'obtenir. Mais qu'en résulte-t-il sinon l'impossibilité pour l'auteur du dommage de s'acquitter de son obligation de faire, dont il était tenu par l'art. 1382 ? Or, aux termes de l'art. 1382 C. C. *toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts.*

2° Mais en fait de réparation du dommage moral, l'argent remplit une autre fonction, celle de satisfaction.

Le fondement de toute réparation imposé à l'auteur d'un fait dommageable, de la privation de liberté jusqu'à la moindre condamnation pécuniaire est la satisfaction qu'il doit procurer à la victime, non pas la satisfaction prise comme un sentiment qui répond au désir instinctif de vengeance, mais la satisfaction de voir que l'atteinte injuste portée à son droit a été réparée dans la mesure du possible. C'est une observation qu'on peut faire à travers toutes les phases que la réparation civile imposée à la suite d'un acte dommageable a subi : réparation *naturelle* (remise en état), réparation *pécuniaire*, et réparation *honoraire*, qui du reste n'est qu'une remise en état due pour une atteinte à l'honneur et qui consiste en une satisfaction spéciale pratiquée dans

l'antiquité par la *palinodia*, sous la forme d'une *recantatio solemnis*, d'une *deprecatio* ou d'une *declaratio* (1), employée aujourd'hui à côté de la condamnation pécuniaire sous forme d'insertion dans les journaux ou d'impression et publication de la sentence de condamnation aux frais du coupable.

On voit donc qu'autant le principe qu'à tout dommage correspond une réparation est universel, autant son application a été variable et progressive, marchant avec la civilisation et surtout avec la constitution politique.

Aujourd'hui l'argent constitue presque le seul moyen de réparation (2). Mais bien qu'il ait toujours pour but de procurer à la victime une satisfaction, sa fonction n'est pas la même dans tous les cas. A côté de sa fonction pénale qui ne nous intéresse pas, étant du domaine du droit public, l'argent remplit deux autres fonctions dans le domaine du droit civil : une fonction d'équivalence (« *verum praetium* ») « *rei aestimatio* », « *quanti ea res est* », « *id quod interest* »), quand il s'agit de reconstituer un patrimoine endommagé, et une fonction purement satisfactoire, quand il s'agit d'un préjudice non-patrimonial.

Comment remplira-t-il cette dernière fonction ? Bien entendu pas en remplaçant la douleur éprouvée, les affections perdues, mais en rendant moins sensible, en effaçant, s'il est possible,

(1) V. *Bentham*, Traités de législation civile et pénale, t. II, ch. VIII et XV. L'*Actio recantatoria* ou *ad palinodiam*, dit l'auteur, aboutissait au blâme infligé à l'auteur de l'offense par la lecture publique et à haute voix de la sentence, par l'obligation de se mettre à genoux devant la victime et de prononcer des paroles humiliantes, d'endosser un habit emblématique ou de se couvrir le visage d'un masque symbolique devant ceux qui avaient assister à l'injure.

(2) La loi parle en effet dans les art. 1136, 1142 et suiv., 1382 ss. d'indemnités (dommages-intérêts) sans dire en quoi elle consistera, tellement l'idée que l'argent en sera le moyen le plus désigné était dans l'esprit du législateur.

les conséquences de ces sensations ; non pas en mettant la victime à même de se refaire les biens qu'on lui a fait perdre, mais en faisant mettre en elle une nouvelle source de bonheur, de bien-être.

Grâce à l'argent, on pourra se procurer des sensations agréables qui viendront contrebalancer, compenser, les sensations douloureuses ou désagréables, que la victime du dommage a éprouvées (1). Dans la vie ordinaire aussi, l'argent n'a pas seulement la fonction de pourvoir aux nécessités matérielles de l'homme, mais encore de satisfaire ses besoins moraux, esthétiques et artistiques.

3° Mais on a dit que, dans ce cas, il s'agit plutôt d'une peine infligée au coupable que d'une réparation accordée à la victime.

Sans discuter sur les deux éléments (enrichissement du créancier et appauvrissement du débiteur) qui caractérisent la peine (2), faisons remarquer d'abord que dans le cas de réparation pour dommage patrimonial indirect, admis par tout le monde, l'indemnité accordée est un peu un mélange de réparation et de peine. Le juge ne doit-il pas, par exemple, en cas de discrédit commercial, d'injures et de diffamation, entraînant perte pécuniaire, tenir compte d'éléments subjectifs (la condition des parties et leur notoriété commerciale, le degré de respec-

(1) Cette idée passe pour avoir été émise la première fois par Windscheid, mais déjà en 1777, Vicat (Traité du droit naturel, t. I, p. 78, paragr. CCCI et s.) écrivait : « Quoique les Stoïciens disent de la douleur qu'elle n'est pas un mal, elle en est un que l'on peut mettre en ligne de compte à titre de dommage duquel on peut demander la réparation par quelque chose d'équivalent au bien-être dont on est privé... quelque chose qui puisse lui faire un bien ou un plaisir, qui le dédommage en quelque sorte... »

(2) V. sur cette question : *Chausse*, De l'intérêt d'affection, Revue critique, 1895 t. XXIV, p. 445.

tabilité et de confiance qu'elles inspiraient), aussi nombreux que dans le cas de dommage purement moral ? Ce sont ces éléments subjectifs, dont la prise en considération donneraient à l'indemnité le caractère de peine. Et pourtant personne n'a dit que dans ce cas il s'agit d'une peine et non pas de réparation civile.

Cette idée erronée découle d'une apparente identité entre ces deux institutions, et de la communauté de leur genèse historique. Mais le caractère pénal ou civil d'une institution ne peut pas lui être attribué exclusivement d'après son origine historique, mais, au contraire, d'après son but, qui change suivant les phases de la civilisation. La législation la plus perfectionnée est celle qui a limité le plus le domaine du droit pénal, en élargissant celui du droit civil.

Et, en définitive, faut-il opposer une éternelle fin de non-recevoir, quand on demande une indemnisation pour violation de son droit, uniquement parce qu'à l'idée de compensation se joint en partie une idée de peine ? Cette dernière a pénétré il est vrai dans une mesure plus ou moins large dans toutes les législations, ce qui ne les empêche pas d'accorder des dommages-intérêts en cas de préjudice moral non pas pour punir l'auteur du préjudice, mais pour dédommager la victime. C'est parce que, quand il s'agit de réparer le dommage moral, on se trouve dans l'impossibilité de lui trouver un équivalent parfait, qu'une apparence d'élément pénal paraît se trouver à côté de l'élément civil, de l'élément réparateur. Mais encore une fois, de l'imperfection des moyens on ne peut pas conclure à la suppression du but.

II

Le second argument contre la réparation pécuniaire du dommage moral est que l'estimation des biens idéaux est nécessairement arbitraire et qu'en admettant le principe de la réparation de tout dommage moral, on serait conduit à accorder au juge un pouvoir illimité.

Il est certain que dans tous les cas où, pour l'évaluation d'un dommage, l'élément subjectif intervient, l'estimation du juge est moins juste que dans le cas où il s'agit d'une évaluation purement objective.

Mais alors ce n'est pas seulement dans la réparation du dommage moral qu'on doit craindre cet arbitraire. Les condamnations pénales n'offrent-elles pas ce caractère dans une certaine mesure ? Ensuite y a-t-il une grande différence entre la situation du juge appelé à évaluer un dommage non-économique et celle du juge qui doit discerner la qualité d'un *bonus pater familias*, pour appliquer les graves effets de la faute *in concreto* ou de la faute *in abstracto* ? En matière de dommage causé par concurrence déloyale, atteinte à la considération à la suite d'injures ou diffamation, et en tant d'autres le juge s'appuie sur des considérations aussi peu précises qu'en matière de dommage purement moral. Il pourrait commettre le même arbitraire.

Même quand il s'agit de préjudice matériel, les auteurs qui condamnent la théorie de la réparation du dommage moral reconnaissent eux-mêmes que « dans beaucoup de décisions judiciaires il y a une certaine part d'arbitraire » (1).

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit. t. IV, n° 2871, *in medio*.

La loi ne peut fixer que des criteriums, car, en cherchant à déterminer strictement les cas, elle risquerait de se montrer inconséquente.

Le législateur allemand, qui déclarait (1) que « la jurisprudence française qui accorde une réparation pécuniaire pour tout dommage, n'est pas digne de servir de modèle, conduit les tribunaux à perdre tout sentiment de mesure dans l'appréciation du tort moral qui peut être réparé avec de l'argent », disposait dans l'art. 328, parlant des stipulations pour autrui, que les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour décider si le tiers acquiert immédiatement un droit direct et irrévocable, et accordait ainsi au juge plus de pouvoir que dans le cas d'appréciation d'un dommage.

Le pouvoir que les tribunaux français tiennent de l'article 6 du C. Civil, d'annuler les contrats et autres actes des particuliers comme immoraux, est beaucoup plus redoutable qu'en matière des dommages-intérêts pour préjudices non-patrimoniaux. La liberté civile pourrait être compromise. Mais ici, comme ailleurs, il se forme un courant général des idées, facilité de nos jours plus que jamais, grâce à la rapidité avec laquelle l'opinion publique est informée, courant qui crée des limites que le juge est obligé de respecter. Le changement de la jurisprudence dans l'appréciation du courtage matrimonial et du contrat de claque, fournit un exemple de cette nécessité qu'il y a pour le juge de se conformer plus ou moins à ce courant d'idées et qui le préserve, de l'arbitraire.

(1) V. *Protokoll* de la 2^e lecture. Voyez aussi : *Mudgan*, die gesamten materialen zum bürgerlichen Gesetzbuch t. II, p. 515 ss.

Le nouveau C. Civil du Monténégro indique, dans des termes particulièrement heureux, le devoir du juge, quand ni la loi ni la coutume ne lui fournissent des règles applicables à un cas donné et qu'il est impossible de trouver par analogie. « L'équité est alors, dit l'art. 782, pour le juge la source directe où il doit puiser. En pareil cas, le juge doit, examinant l'affaire sous toutes ses faces, rechercher ce que les honnêtes gens regardent comme bon et juste, et ce qui répond à cet idéal de loyauté et de bonne foi, sans lequel il n'y a pas de relations possibles entre les hommes. »

D'ailleurs le principe du jugement d'après l'équité, n'est étranger à aucune législation. En France, les juges de paix ont le droit de se prononcer en équité, c'est-à-dire sans tenir compte des dispositions de la loi, toutes les fois qu'ils statuent en dernier ressort. Il est vrai que leurs condamnations porteront, dans ce cas, à de faibles dommages-intérêts, mais ce qui importe, c'est le principe.

La jurisprudence française a compris le rôle que la loi réserve aux juges dans les cas où ils se trouvent dans l'impossibilité de fixer rigoureusement les éléments d'appréciation pour les droits des parties. Très souvent, surtout dans les derniers temps, les tribunaux français ont été appelés à statuer sur l'indemnité qui est due pour les préjudices moraux et, à part quelques décisions qu'on pourrait peut-être critiquer, il faut reconnaître qu'ils ont su toujours garder le juste milieu entre les deux extrêmes, et quand ils se sont prononcés pour la réparation du dommage, les indemnités qu'ils ont accordées étaient plutôt faibles que fortes.

Déjà en 1833 (1) la Cour de Cassation, appelée à se prononcer sur l'action en concurrence illicite intentée par les membres de la Société Pharmaceutique de Paris contre les débiteurs de remèdes secrets non autorisés, refusait d'admettre le principe de non-recevabilité des demandes en réparation du préjudice moral, en raison de leur difficulté d'appréciation : « Attendu que cette difficulté, *qui peut exister relativement à d'autres dommages* que ceux résultant d'une concurrence illicite, n'a pas empêché la loi de confier *dans tous les cas*, l'appréciation du dommage et de sa réparation à la sagesse des tribunaux, qui, en effet, ont souvent fait usage de ce pouvoir au cas de concurrence illicite ; et que, lorsque les tribunaux ne croient pas avoir les éléments nécessaires pour arbitrer d'office, ils peuvent ordonner toutes les voies d'instruction qui leur sont ouvertes par la loi. »

Un arrêt de la Cour de Rouen (2), trace le rôle du juge dans les mêmes termes : « Attendu... Que la difficulté de déterminer exactement l'étendue du préjudice souffert et l'absence de base matérielle pour en fixer le chiffre, ne sont pas des motifs pour ne pas allouer des dommages-intérêts à celui dont le droit à ces dommages-intérêts est reconnu incontestable ; — Que le juge doit dans ce cas, faire l'appréciation des dommages suivant les règles de l'équité. »

(1) Cass., 15 juin 1833, S. 1833. 2. 458.

(2) Rouen, 27 mai 1841, S. 1844. 2. 530. — Dans le même sens : Cass. 13 mars 1853, D. 1853. 51. 107 ; — Cass. 10 nov. 1881, D. 85. 1. 3 — Trib. Rouen, 4 août 1896, *Gaz du Palais*, 1896. 2. 632 — Auxerre, 22 nov. 1899, *Gaz des Trib.* 1900, 1^{er} sem. 2. 341 — Alger 22 juin 1900, S. 1902. 2. 128 ; D. 1901, 2. 401 — Lyon, 23 fév. 1901, *Monit. Jud. de Lyon* 26 juill. 1901 — Saint-Etienne, 26 avr. 1901, S. 1904. 2. 116 — Grenoble, 18 nov. D. 1905. 2. 470.

La plus grande partie de la doctrine approuve cette manière de voir de la jurisprudence.

Les adversaires de la réparation du dommage moral conviennent qu'en matière de préjudice économique aussi il peut être très difficile ou même impossible de déterminer l'importance du préjudice moral, mais que « ce n'est point un motif pour refuser d'allouer des dommages-intérêts au créancier. En pareil cas, les juges devront les apprécier d'après les règles de l'équité » (1). Donc on veut bien faire l'appréciation d'après l'équité pour le dommage matériel, mais pas pour le dommage moral.

Messieurs Baudry-Lacantinerie et Barde se rendant d'ailleurs compte de cet illogisme, essaient de le soutenir en disant que « lorsqu'il s'agit de la lésion d'un intérêt d'affection, le patrimoine du créancier n'a été l'objet d'aucune atteinte, et, par conséquent, ce qui fait défaut c'est la cause même des dommages-intérêts et non pas seulement le moyen de les évaluer ». Mais la question n'est pas là : il faut envisager les deux genres de dommages du même point de vue. Il s'agit de savoir si, oui ou non, on doit refuser toute réparation pécuniaire du dommage moral, uniquement à cause de la difficulté de déterminer l'importance du préjudice.

L'esprit de la loi française, comme celui de la plupart des législations étrangères, ne laisse plus aucun doute sur le rôle du juge : la loi veut sauvegarder tous les droits, tous les biens, et quand elle ne détermine pas elle-même le montant des dom-

(1) *Baudry-Lacantinerie et Barde*, op. cit. t. I. n° 482.

mages-intérêts dus pour les atteintes à ces biens, c'est au juge de le faire. S'il y a des cas où il est impossible d'évaluer exactement le dommage moral en argent, si le montant de l'indemnité doit nécessairement être arbitraire, il ne s'ensuit pas que l'on ne doive accorder aucune réparation (1).

Il serait plus arbitraire de ne pas respecter la volonté de la loi que d'évaluer imparfaitement une indemnité dont on reconnaît le droit incontestable. L'idéal serait que le juge introduisit d'office, et en l'absence de toute réclamation des parties, le principe de la réparation de tous genres de dommages, dans tous les cas où il l'estime opportun.

Mais, puisque craignant l'arbitraire, on ne veut pas accorder un tel pouvoir d'appréciation au juge, quel autre moyen pourrait-on imaginer ? On ne peut songer qu'à deux autres moyens déjà pratiqués au cours des siècles : 1^o évaluation sous prestation de serment, par le demandeur lui-même avec faculté pour le juge de réduire le montant à la somme qui lui paraît la juste, système employé dans le droit commun (*jus jurandum in litem*) et 2^o tarification de tous les cas de préjudices moraux, système essayé en partie par les législations barbares.

Les inconvénients de ce dernier système sont innombrables. Non seulement ce tarif se trouverait incomplet d'un jour à l'autre, car il est impossible de prévoir tous les cas qui pourraient se présenter dans une pareille matière, mais la confection d'un tel tarif se heurterait à des difficultés insurmontables. Dans chaque espèce, il faut nécessairement tenir compte de circonstan-

(1) Cfr. Pandectes belges v^o. Dommages-intérêts, n^o 287.

ces multiples, qui varient infiniment, mais qui sont des éléments indispensables pour l'évaluation du dommage moral. Comme dit Ulpien (1) *secundum gradum dignitatis, vitaeque honestatem, crescit aut minuitur aestimatio injuriae*.

Il n'est d'ailleurs pas étranger au droit français, et le juge pourra l'employer dans les cas où il lui semblera indispensable. En effet, l'art. 1369 du Code Civil dispose que « le serment sur la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. Le juge doit, même en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment ». Ce *jusjuramentum in litem cum taxatione delatum* est parfaitement applicable au cas de dommage moral, à condition qu'il s'agisse d'une impossibilité absolue et non seulement relative (2).

La jurisprudence italienne, en vertu du même texte qui force dans le Code Civil italien l'art. 1377, a, à plusieurs reprises, appliqué ce moyen de déterminer le montant du dommage. La Cour d'appel de Venise (3) a décidé, dans un arrêt du 22 avril 1874, que le dommage moral peut être déterminé par le serment estimatoire ou par le prudent arbitrage du juge. Et la Cour de Cassation de Florence (4) a déféré ce serment à un

(1) Col. leg. Mos. et Roman, II, 6, ch. 1. Ces distinctions ont lieu tout naturellement. Un fait qui ferait souffrir cruellement une personne n'a aucun effet sur d'autres (Comp. Cass. 11 avril 1865, D. 66, 1, 166).

(2) Larombière, Obligations, art. 1369.

(3) Arrêt rapporté par Minozzi, op. cit. p. 219 ; *Giurispr. ital.* 1874, 2, 380.

(4) Arrêt du 15 décembre, 1879, rap. par Giorgi, op. cit. t. V. p. 360.

père, pour pouvoir évaluer le dommage moral éprouvé à cause de la mort de son fils.

Mais ce mode de détermination est plein d'inconvénients pratiques et n'a pas au moins le mérite de supprimer toute critique d'arbitraire, car le juge doit toujours fixer d'avance la somme jusqu'à laquelle le demandeur pourra élever ses prétentions. Il serait donc tout à fait inutile, et d'ailleurs la jurisprudence française ne l'a jamais appliqué, dans les cas de dommage moral. La doctrine aussi s'est toujours montrée contraire à admettre qu'une telle taxation du juge pourrait constituer un bon criterium du prix d'affection (1).

L'évaluation du dommage par le juge reste donc, non seulement une nécessité, mais le seul moyen logique et pratique auquel on puisse avoir recours.

III

Quant à la crainte des spéculations de la part des tiers, elle est aussi peu fondée que la crainte de l'arbitraire du juge. Quelques juristes allemands en paraissent, il est vrai, très alarmés, mais, croyons-nous, sans raison.

Endemann (2) par exemple, cherchant à expliquer pourquoi le législateur allemand n'a pas admis d'une manière générale le principe de la réparation du dommage moral, envisage avec effroi les conséquences d'une pareille disposition. « D'un tel

(1) Cfr *Pothier*, Obl. n° 940. — *Demolambe*, Droit civ. t. XXX, n° 727. — *Duranton*, VII, n. 627 — *Chironi*, Colpa extra-contractuale, n° 418.

(2) Einführung in das Bürgerliches Gesetzbuch, p. 56, note 17.

principe, dit-il, les mauvais instincts seuls eussent tiré profit : l'égoïsme, l'âpreté au gain, eussent été augmentés, et de mauvais procès, de mauvaises chicanes eussent été faits dans un but intéressé. »

Il croit que le « Code français », qui, dans l'art. 1382, accorde une action en dédommagement, sans y apporter aucune limite, montre le danger de telles actions.

Mais nous n'apercevons pas comment un texte de loi pourrait montrer, par la généralité de ses termes, le danger de ses dispositions. Pour se rendre compte de ces dernières, il faut regarder les applications que les tribunaux en ont faites. Or, l'on s'est toujours plaint que la jurisprudence française ne montre pas assez de zèle dans l'application du dit article, mais jamais qu'elle en a abusé.

Certes, est connue la tendance de la personne lésée à exagérer les conséquences de l'acte préjudiciable et à demander des indemnités qui dépassent de beaucoup la portée du dommage subi. Est connue aussi la prédisposition des particuliers à élargir la sphère des personnes responsables, spécialement en matière de quasi-délits. Mais cette tentative de spéculation est inévitable même dans le domaine des dommages matériels. Tout dernièrement on a vu un professeur de danse demander des dommages-intérêts à l'évêque de Paris pour le préjudice causé par l'éloignement des clients auxquels l'honorable cardinal avait conseillé de ne plus danser le tango. On verra peut-être un jour des débitants de boissons alcooliques intenter des actions en dédommagement contre la Ligue Antialcoolique, ou des modistes demander des indemnités au Pape, parce que le Saint-Père ne

reçoit pas les dames chapeautées.

Mais de ce goût de quelques personnes aux idées originales, faut-il conclure au refus de l'action à ceux qui sont réellement lésés dans leur droit ?

Un impressario empêche un critique qui avait sévèrement jugé ses représentations, de prendre part au spectacle indiqué sur son billet d'entrée. L'organisateur d'une exposition, ou le conservateur d'un musée ouvert au public, en interdit sans motif l'accès à un visiteur.

Comment pourraient ces personnes, qui n'ont pas envie de se battre en duel, demander réparation pour l'humiliation causée par ces actes ? L'action pour préjudice patrimonial ne sera pas applicable, parce que leur patrimoine n'a pas été endommagé. Le droit pénal refusera sa protection, parce qu'il n'y a pas de délit et de peine prévus par la loi. Doit-on leur refuser l'action pour un droit reconnu incontestable, parce qu'on rappelle le cas d'une épouse qui a essayé de spéculer sur la mort de son conjoint, ou d'un père qui a voulu profiter de la faute ou de l'accident de son enfant ? Ce serait mal comprendre et la morale et le droit.

IV

Un autre argument contre la réparation du préjudice moral, c'est qu'il est immoral de compenser la douleur avec de l'argent.

Pareille répugnance n'est pas justifiée, car elle est encore le produit d'une confusion : on confond la cession d'un bien qui n'est pas moralement cessible, avec la réparation en argent du

dommage subi à propos de ces biens. Dans le premier cas, l'argent représentera véritablement le « prix de l'affection » et logiquement il fera penser à un indigne marchandage, mais dans le second cas il représentera le correspondant du dommage apporté à ces biens, et par conséquent, une honnête réparation. Celui qui reçoit une somme d'argent en compensation d'un dommage moral causé par une diffamation, ne vend pas sa bonne réputation, comme celui qui demande une indemnité pécuniaire à la municipalité concessionnaire d'une sépulture, ne trafique pas avec la piété et le respect dus à ses parents disparus.

L'argent n'est pas ici l'instrument de l'échange entre des biens qui ne peuvent pas s'échanger, il sert simplement à faire respecter les biens moraux au même degré que les biens patrimoniaux.

Personne ne trouve immoral d'acquérir avec de l'argent les jouissances légitimes de la vie, pourquoi estimer alors qu'il est immoral de payer avec de l'argent l'empêchement mis injustement à la jouissance de ces mêmes biens ?

Certes, l'idéal serait de réparer les dommages apportés à ce genre de biens par des biens de la même nature, mais cela n'est pas toujours possible.

Ne serait-il pas plus immoral de rester indifférent à des atteintes injustes, que d'obliger l'auteur du dommage à indemniser sa victime par le seul moyen possible dans ces cas ? Imposer à l'offenseur le sacrifice d'une part de sa fortune économique pour effacer ou diminuer les conséquences de son acte préjudiciable est une preuve d'idéalisme et non pas de matérialisme : on démontre qu'on ne s'occupe pas seulement des biens maté-

riels, mais qu'on attache un grand prix aussi aux biens moraux de la vie (1).

En estimant immorale toute réparation pécuniaire du dommage moral, on arrive à laisser place à des immoralités plus grandes ; « on amène fatalement l'auteur du crime à désirer plutôt la mort que la guérison de la victime, parce qu'en cas de mort, la victime n'a plus besoin de rien, tandis qu'en cas de guérison, elle peut demander des secours qui l'aident à vivre (2).

En cas d'une action en indemnité intentée par le mari contre le complice de l'adultère de sa femme, on craint parfois de la part du mari des combinaisons immorales ; mais en refusant au mari tout droit à une réparation du tort qu'il éprouve, ne craint-on pas de lui donner intérêt à commettre une immoralité des plus grandes, celle de vivre et de s'enrichir de son déshonneur ? » (3).

Le législateur lui-même s'est chargé, du reste, de réfuter cette accusation d'immoralité. C'est avec une somme d'argent qu'il compense l'humiliation ressentie par le juge ou par l'expert (2), à la suite d'une récusation injustifiée, ou la douleur causée par l'offense à l'honneur d'une personne ou d'une famille (5). Toutes ces personnes ont-elles mérité du législateur le blâme d'immoralité qui, d'après les adversaires de la

(1) Cfr. *Köler*, Archiv für Bürgerliches Recht, p. 258.

(2) V. l'arrêt de la Cour de Nancy, du 9 déc. 1876, p. 1879, D. 1879, 2, 47.

(3) Cfr. S. 1867, 2, 5, en note.

(4) V. les art. 390 et 314. C. pr. civ. — *Adde* les art. 370-361 ; 494, 500, 503, 513-516 du même code.

(5) V. l'art. 117 du Code pénal. *Cpr.* l'art. 38 du C. pén. ital. qui prévoit expressément la condamnation à une somme d'argent, même si demande n'en a pas été faite.

réparation pécuniaire, se rattache à toute indemnité pécuniaire pour dommage moral ?

La prétendue immoralité n'existe donc pas en principe. L'appréciation de quelques cas isolés qui feront, avec plus ou moins de raison, considérer comme immorale une demande spéciale en dommages-intérêts, ne justifie pas le reproche qu'on veut faire au principe. L'objection est d'ordre pratique et non juridique, et on doit, par conséquent, chercher le remède dans les moyens propres à résoudre les difficultés pratiques qui peuvent se présenter en cette matière.

V

On a dit encore, contre l'admissibilité de la réparation du dommage moral, que dans ce genre de dommage il n'y a pas en réalité violation d'un vrai droit précis et déterminé, pour qu'on puisse en demander réparation. Ici encore on se méprend : on prend l'effet pour la cause.

On oublie que le dommage non-patrimonial ne résulte pas exclusivement de la lésion d'un intérêt spécial, sur l'existence juridique duquel on puisse ou non discuter. On peut subir un préjudice moral par l'attente de toutes sortes de droits : droits prévus par le Code Civil, droits idéaux qui n'y ont pas pris place, mais qui ont été tous envisagés par l'art. 1382.

Le dommage moral n'est pas la lésion abstraite du droit mais l'effet patrimonial d'une lésion du droit, et c'est cette lésion qui doit être déterminée et incontestable.

Comme nous l'avons montré dans notre premier chapitre, la conception du dommage est une, et elle équivaut à celle de l'*injuria*, du fait contre le droit. Les effets du fait injuste, eux, peuvent être patrimoniaux ou non-patrimoniaux, ce qui donne lieu à la division du dommage en patrimonial et moral : mais le fait injuste, lui, ne peut être ni patrimonial ni non-patrimonial.

Le préjudice se confond avec l'*injuria*, quand on le considère à son origine, mais il devient un effet de cette *injuria*, quand on l'examine dans sa réalité concrète, c'est-à-dire comme une diminution patrimoniale ou non-patrimoniale. Dans le premier cas, il est logique de rechercher, avant d'admettre l'action en réparation, s'il y a un droit juridiquement protégé — parce qu'il est évident qu'on ne peut parler de dommage juridique là où il n'y a pas de droit juridiquement existant, mais, dans le second cas la question du droit spécialement violé n'a plus de raison d'être, puisque le dommage moral n'est pas une catégorie spéciale résultant de la violation d'une espèce déterminée de droit ; la seule question qui puisse être posée est si ce dommage déterminé, qui n'a pas atteint le patrimoine, doit ou non être réparé.

Par conséquent la théorie de l'irréparation basée sur l'inexistence juridique du droit violé, n'a pas plus d'importance pour le dommage moral que pour tout autre dommage.

VI

On a fait aussi un argument contre la réparation du préjudice moral, de l'impossibilité de la preuve.

Il suffit de répondre que la preuve de la douleur *in re ipsa*. Son existence est la conséquence nécessaire du fait dommageable.

En effet, comment douter que la mort du fils occasionne une douleur au père, ou que l'inexécution du contrat par lequel une personne s'était obligée d'élever des enfants dans une religion déterminée, cause une profonde affliction à la mère de ces enfants ?

L'existence de la douleur, on peut dire, constitue une *præsumptio juris* ; tout au moins, on peut la considérer comme une *præsumptio juris tantum* et admettre la preuve de son défaut ; mais dans la plupart des cas variés de dommage moral, la supposition de son existence est pleinement justifiée, parce qu'inévitable.

D'ailleurs, dans beaucoup de cas de préjudice patrimonial indirect, la simple présomption fait admettre la réparation. Le discrédit commercial, par exemple, la diffamation donnent lieu à une indemnité toujours en vertu du principe que la preuve du dommage réside dans le fait même.

Cela ne veut pourtant pas dire que les juges n'auront pas le droit de demander qu'on leur fournisse les preuves qu'ils estimeront indispensables. Nous l'avons déjà dit, les limites à assi-

gner au préjudice moral qui mérite une réparation sont des questions de fait, et, comme telles, abandonnées à la souveraine appréciation du juge. Il y a des cas où, grâce à des circonstances particulières, une preuve est indispensable. « Considérant, dit la Cour de Cassation (1), que l'intimé ne fournit aucune preuve à l'appui de ses allégations ; que, malgré l'honorabilité notoire de son caractère et l'intérêt légitime qu'inspire sa situation, une simple articulation non justifiée ne saurait être la base d'une allocation de dommages-intérêts. »

VII

Enfin la majorité des auteurs qui condamnent la théorie du dommage moral réparable, invoquent, comme un puissant appui de leurs opinions, la tradition du droit romain et celle de l'ancien droit français, dont on doit d'autant plus tenir compte, remarque-t-on, que l'on était unanime à admettre cette réparation en matière délictuelle.

Les jurisconsultes romains, comme les auteurs de l'ancien droit, disent-ils, ont toujours considéré que l'inexécution d'une obligation ne confère au créancier le droit de demander des dommages-intérêts pour le préjudice que cette inexécution lui

(1) Arrêt du 40 juillet 1866, S. 67, 2, 6.

cause, qu'autant que l'obligation se rapporte à un intérêt patrimonial (1).

Nous n'entreprendrons pas l'étude de ces controverses historiques relatives à ce sujet dans le droit romain (2), d'abord parce que notre but est d'analyser la question seulement dans les législations modernes, et ensuite parce que nous croyons cette étude inutile pour la démonstration de notre thèse, vu que s'il en était ainsi dans le droit romain, ce n'est pas une raison pour qu'il n'en soit pas autrement aujourd'hui.

Quant à l'ancien droit français, nous signalerons l'explication de M. Dorville et celle de M. Fontaine.

L'adoption d'une solution contraire à la réparation en matière de faute contractuelle, dit M. Fontaine, s'explique par ce fait que la réparation du dommage moral résultant de l'inexécution d'un contrat ne s'est jamais imposée avec l'évidence et la nécessité dont elle s'était imposée pour les faits délictueux. « Inévitablement il nous semble que celui qui, en manquant à l'obligation contractée, cause à son créancier un préjudice seulement moral, est coupable d'un tort moins grave que s'il causait à autrui ce même tort moral par mauvaise foi ou faute exprimée

(1) V. *Domat*, Droit civil, t. I, p. 395 : « Le prix des choses ne se règle pas par l'attachement qui peut en augmenter l'estimation, mais seulement sur le pied de ce qu'elles valent pour l'usage de toute personne indistinctement » — *Pothier*, Obligations, t. II, n° 140 : « Un fait pour être la matière d'une obligation civile doit être un fait auquel celui envers qui elle est contractée ait un intérêt appréciable à prix d'argent ».

(2) Voir pour la discussion que cette question comporte : de *Ihering*, Œuvres choisies, trad. Meul. t. II, p. 158 et ss. — *Windscheid*, Pandekten, t. II, chap. 251, note 3. — *Baron*, Pandekten, chap. 208. — *Chausse*, De l'intérêt d'affection, Revue critique, 1895, t. XXIV, p. 448. — *Contra* : *Savigny*, Obligations, t. I, p. 9, note 6 — *Momzen*, Zur lehre vom Interesse, p. 122, et ss. — *Keller*, Pandekten, ch. 222. — *Girard*, Manuel élém. de droit romain, 4^e édit. p. 445, n. 2.

dans un délit ou dans un quasi-délit (1). Nous ferons pourtant observer qu'il ne s'agit pas de punir le coupable, mais de réparer le dommage causé.

L'explication historique de M. Dorville (2) est la suivante : les jurisconsultes du Moyen-Age connaissaient seulement les textes de la première période du droit romain qui tous consacraient le dogme de l'intérêt pécuniaire (3). Pour déroger à ce qu'on croyait être la pure tradition romaine, l'ancien droit a dû être contraint par des raisons d'équité très puissantes. Or, ces considérations d'équité on les rencontrait beaucoup moins souvent dans le domaine du contrat que dans celui des délits et des quasi-délits. Et cela parce que la plupart des contrats à l'exécution desquels le créancier n'a qu'un intérêt moral, étaient presque inconnus dans l'ancien droit, alors qu'ils sont très fréquents aujourd'hui.

L'argument de la tradition n'est pas en effet décisif, car, si cette manière de voir pouvait s'expliquer aussi bien dans l'an-

(1) V. Fontaine, Le dommage moral et sa réparation pécuniaire, thèse, Paris, p. 209 — L'affirmation de l'auteur pourrait trouver peut-être un appui dans le Code civ. allemand où les seules exceptions au principe de la non-réparation du préjudice moral sont prises dans le domaine de la responsabilité délictuelle, et dans ce fait que même en droit français beaucoup d'auteurs, qui admettent la réparation du dommage moral quand il dérive de la faute aquillienne, la repoussent quand il dérive de l'inexécution d'un contrat.

(2) Thèse précitée, p. 166, ss.

(3) M. Chausse, dans la Revue Critique de législation et de jurisprudence (Eod. loc.), montre la différence entre la tendance du droit ancien romain et le droit classique créateur des contrats de bonne foi, où le juge a à apprécier le préjudice moral aussi bien que le préjudice matériel et où l'intérêt d'affection peut servir de base à une *restitutio in integrum* ou à une *bonorum possessio*. Domat lui-même reproduit quelques anciens textes romains à la suite du paragraphe où il expose la même doctrine que Pothier sur les dommages-intérêts, ce qui montre que ces textes étaient pour beaucoup dans la doctrine professée sur la matière par l'ancien droit.

cien droit que dans le droit romain par l'état des mœurs et les besoins sociaux réduits de l'époque, elle ne peut plus se justifier aujourd'hui. La nécessité pratique est plus forte que toutes les traditions et les discussions doctorinales. Cet argument n'est d'ailleurs pas absolu, car dans l'ancien droit on a vu souvent un fiancé délaissé obtenir une condamnation pécuniaire, bien que les Parlements eussent toujours reconnu aux fiançailles la valeur d'une promesse d'un contrat.

Messieurs Baudry-Lancantinerie et Barde (1) remarquent que Bigot dans son exposé des motifs a exactement reproduit les idées de Pothier sur la matière. Ce dernier a été en effet le guide habituel des auteurs du Code Civil, surtout dans le domaine des obligations, mais nulle part l'exposé des motifs ne dit que l'intérêt du créancier doit être un intérêt pécuniaire et que le créancier ne peut fonder son action en dédommagement sur un préjudice moral.

De sorte que la question est non pas de voir si le Code Civil contient des dispositions que le demandeur en indemnité puisse invoquer, mais de rechercher si sa lettre et son esprit sont contraires à cette réparation, ce que nous ferons dans le chapitre suivant.

(1) Op.cit. p. 331 et s.

SECTION II

Les arguments tirés des textes

I

1. — « En donnant comme base aux dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution d'une obligation la perte subie par le créancier et le gain dont il a été privé, le législateur résoud implicitement, à notre avis, dit M. Barde, la question de savoir si les dommages-intérêts peuvent être alloués pour un préjudice moral. » (1).

Les termes mêmes de l'art. 1149, a-t-on soutenu, les expressions *perte* et *gain*, prouvent que l'indemnité imposée par le Code pour inexécution d'une obligation n'est destinée à effacer les conséquences de cette inexécution qu'autant qu'elle entraîne la diminution (*damnum emergens*) ou empêche l'accroissement (*lucrum cessans*) du patrimoine du créancier. Or, le dommage moral, conclut-on, ne portant aucune atteinte à ce patrimoine, ne peut donner lieu à des dommages-intérêts.

C'est attacher au mot *perte* et *gain* plus d'importance qu'ils n'en ont. Dans l'art. 1149, le législateur a eu en vue, non pas de statuer sur la question de principe : si le préjudice moral peut servir de base à une action en dommages-intérêts, mais

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde op. cit. n° 480.

simplement d'indiquer aux juges un criterium pour le calcul des dommages-intérêts communs, ceux qui sont destinés à réparer une faute ayant eu des conséquences pécuniaires ; c'est dans l'art 1382 et suivants que les auteurs du Code ont été amenés à parler du *dommage* comme fait préjudiciable et générateur de l'obligation en réparation. Or, les termes qu'ils y emploient ne laissent aucun doute sur l'admissibilité de l'action en dommages-intérêts pour préjudice moral.

On ne peut pas se prévaloir de ces deux mots : *perte et gain* pour contredire l'esprit du Code, favorable à la réparation du dommage moral. L'argument de l'art. 1149, croyons-nous, n'a pas l'importance qu'on lui attribue.

2. — L'opposition qu'on se plaint à faire valoir entre l'illimitation des conséquences que présenterait nécessairement le dommage moral et les dispositions du Code Civil qui veut qu'on ne tienne compte que des effets immédiats ou directs du fait dommageable, n'a pas plus de valeur.

Cette indétermination qui se manifesterait par une pluralité d'objets (co-existence de dommages moraux d'espèces différentes, de dommages moraux et matériels ensemble) et une pluralité de sujets (multiplicité de personnes se prétendant lésées en qualité de co-intéressées, de parents lointains ou d'amis) est une exagération.

Bien entendu, quand le préjudice consiste dans la diminution d'une chose objectivement déterminée, il peut être évalué avec plus de certitude. Mais dans beaucoup de cas de dom-

(1) *Gabba*. Note dans la *Giurisprudenza italiana*, 1896. II. 586, rapportée par Minozzi, op. cit. p. 87. — *Baudry-Lacantinerie* et *Barde*, op. cit., t. IV, n° 2871.

mages patrimoniaux, dans tous les cas on pourrait dire, cette pluralité objective et subjective existe : la preuve en est précisément la règle que le législateur a cru nécessaire d'établir, pour circonscrire les conséquences du préjudice, règle qui peut être aussi bien applicable en matière de dommage moral qu'en matière de dommage patrimonial.

L'homme ne vit pas seul, il est lié à ses semblables par une solidarité imposée par les besoins de son être et par l'état de sociabilité et de civilisation où il se trouve ; toute atteinte à sa personne ou à ses droits se répercute sur les autres.

L'acheteur d'un stock de marchandises qui n'en paie pas le prix au fabricant à l'époque convenue, fait subir un préjudice, non seulement à l'industriel, mais à sa famille, à ses commanditaires, à ses ouvriers et peut-être au village ou à la région où sa fabrique fonctionne. A-t-on décidé que cet acheteur ne doit aucune réparation à personne, parce qu'il y aurait un trop grand nombre à indemniser ?

Une compagnie de chemins de fer qui fait périr dans un accident un chef de famille et professionnel, apporte, à la fois, un dommage matériel à ses enfants, à sa femme et à ses parents, qui indirectement recevaient de lui des avantages économiques, et un dommage moral à ses protégés qu'il aidait dans toutes circonstances et à ses clients auxquels il prodiguait ses conseils. A-t-on songé à exonérer la compagnie de sa responsabilité parce que le dommage se présente sous des aspects multiples et que ses conséquences se répercutent sur tant de personnes ? Nullement. Pourquoi le ferait-on alors pour le dommage non-économique ?

D'ailleurs, en notre matière, dans le domaine du dommage moral résultant de l'inexécution ou de la violation d'un contrat, cette prétendue pluralité de sujets n'existe pas : la seule personne en droit de demander une réparation est — sauf les règles relatives à la transmissibilité des droits — le co-contractant ; c'est seulement envers celui-ci que l'auteur du préjudice s'était lié à accomplir la prestation et à défaut à payer une indemnisation.

De tout temps, le droit a cherché à déterminer les éléments qui doivent entrer en ligne de compte pour l'évaluation du dommage dont on doit répondre. De même que toute cause de ce dommage n'est pas une cause juridique, de même tous les effets qui en découlent ne peuvent pas être pris en considération. *Ubi major, minor cessat*, disaient les Romains. Les conséquences directes et immédiates excluent celles qui apparaissent comme des effets éloignés du dommage, et le sujet qui a plus directement subi le préjudice est indemnisé par préférence à celui qui en a moins souffert.

Les règles en ont été dégagées dans notre matière par la doctrine de la jurisprudence avec une grande netteté, et chaque jour les tribunaux en font sans embarras application.

II

Contre la réparation du préjudice moral on a invoqué aussi l'art. 1119 du Code Civil qui prohibe formellement les stipulations pour autrui (1).

Mais, comme le dit très bien M. Dorville, ce n'est pas par la nullité des stipulations pour autrui qu'on justifiera rationnellement le principe de non-réparation pécuniaire du préjudice moral en matière contractuelle, puisque la nullité des stipulations pour autrui ne s'imposera logiquement que du jour où sera justifié le principe de non-réparation pécuniaire du préjudice moral causé par la violation du contrat.

En effet, l'idée de nullité des stipulations pour autrui vient de Pothier qui croyait nécessaire pour une obligation civilement valable que son objet soit un intérêt pécuniaire. « Lorsque j'ai stipulé quelque chose de vous pour un tiers, la convention est nulle, disait Pothier (2). Nulle envers le tiers, car c'est un principe que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes. Nulle envers moi, car ce que j'ai stipulé de vous pour ce tiers étant quelque chose à quoi je n'ai aucun intérêt qui puisse être appréciable à prix d'argent, il ne peut résulter aucuns dommages-intérêts envers moi du manque-

(1) *Baudry-Lacantinerie et Barde*, op. cit., I, n° 294.

(2) *Obligations*, II, n° 54 à 55.

ment de votre promesse. Vous y pouvez donc manquer impunément. »

Voilà donc pourquoi Pothier décidait que la stipulation pour autrui est nulle. Ce n'est donc pas de cette nullité qu'il faut déduire l'irrecevabilité de l'action en dommages-intérêts pour préjudice moral.

Du reste, la règle qu'on ne peut stipuler pour autrui a été à tel point battue en brèche par la jurisprudence interprétant très largement les exceptions apportées par l'art. 1121, qu'elle se trouve presque complètement détruite.

CHAPITRE III

Le dommage moral résultant de l'inexécution d'un contrat dans le droit positif et la jurisprudence de la France et de quelques autres pays

SECTION I

La France et les principaux pays d'influence juridique française

§ 1^{er}. — LA FRANCE

A. — *Les textes.* — Dans le Code Civil, comme dans celui de procédure civile, dans le Code pénal et d'instruction criminelle, comme dans la loi du 8 juin 1895 s'y référant, on trouve nombre de dispositions qui consacrent la réparation du préjudice moral causé par un acte de nature délictueuse.

Mais il faut avouer que dans l'ordre de dommage non-patri-

monial résultant de l'inexécution d'un contrat, les dispositions législatives font presque complètement défaut. En tous cas, la question de la réparation de ce genre de dommage n'est envisagée directement par aucun texte de loi. On en a conclu qu'il est impossible de reconnaître le principe d'une réparation pécuniaire qui serait due à la victime de dommage.

Nous disons, au contraire, que, l'esprit de la loi civile française étant de protéger tous les intérêts, sans distinction, et d'obliger à un dédommagement l'auteur de toute lésion, et qu'aucune raison n'existant pour faire une distinction entre les deux genres de dommages, il faudrait un texte précis pour refuser une indemnisation en cas de préjudice moral.

Il y a, en effet, des choses que le législateur n'a pas besoin de dire et qui résultent des dispositions générales de la loi. Dans notre matière, il est à croire que, à cause de la rareté des cas qui se présentaient devant les anciennes juridictions et à cause de la manière toute passagère dont la doctrine traitait ce sujet, la question ne s'est pas posée à l'esprit des rédacteurs du Code.

Dans ces conditions, il faudra se demander ce que serait la décision du législateur, s'il était appelé à résoudre directement la question.

La règle qui a toujours été la ligne de conduite de la méthode traditionnelle d'interprétation et d'après laquelle toute question juridique doit être décidée par le moyen des solutions consacrées positivement par le législateur, ne tient pas compte du développement nécessaire du droit. Elle nous oblige à rester « forcément et *pour le tout* rivé au *moment même de la nais-*

sance de la loi » (1). Or, le droit n'est pas stationnaire. Continuellement surgissent des questions nouvelles, étrangères à l'horizon entrevu par le législateur et révélées postérieurement par la vie.

C'est en ce cas au juge de s'inspirer de ce « droit immanent » qui constitue la sphère propre de l'activité créatrice de la jurisprudence et qui, du reste, joue un rôle décisif même dans les procédés d'élaboration de la matière juridique positive. Car, pour apprécier la portée d'une règle légale, pour lui donner son caractère normal ou exceptionnel, en un mot, pour interpréter la volonté du législateur, on a toujours recours à une incessante comparaison de la formule qu'il exprime à un idéal de justice et de raison, à une équité objective qui est à la base même de la loi, mais qui est en dehors d'elle.

Art. 1382 et ss. du Code civ. — Nous avons dit que le principe de la réparation de *tout dommage* a été posé, sans aucune restriction, dans l'art. 1382 qui s'exprime en ces termes : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Les art. suivants ne font que compléter l'art. 1382.

Sans aucun doute, le législateur, en rédigeant cet article, a voulu établir une règle qui, par sa généralité, embrassât tous les cas de responsabilité, prévus et non-prévus par le Code civil.

Il est visiblement certain, aussi, que cette règle doit s'appliquer à toutes sortes de dommages, non seulement au dommage

(1) Cfr. Geny, *Méthode d'interprétation*, p. 35 et ss.

matériel, mais aussi au dommage qui n'a pas pour conséquence une diminution du patrimoine.

Telle est, d'abord, l'application que la majeure partie des décisions jurisprudentielles en ont faite. (1).

Telle est, ensuite, l'interprétation que la plupart des auteurs en ont donnée (2).

Tel apparaît enfin le sens de cet article dans les travaux préparatoires. Treilhard, dans son exposé des motifs, Greuille, dans son rapport au Tribunal, du 16 Pluviôse an XII, et surtout Tarrille, dans son discours devant le Corps législatif, du 10 Pluviôse an XIII, déclarent comme d'application absolument générale le principe de la réparation du tort causé à autrui (3).

Que les rédacteurs du Code ont entendu donner à l'art. 1382 un sens général et que cet article doit s'appliquer, sans distinction, au préjudice moral, comme au dommage matériel, nous en trouvons, aussi, une preuve dans la définition que Pothier donnait au délit : un fait par lequel une personne, par dol ou malice, cause du dommage ou *quelque tort* à une autre. Par les

(1) V. Cass. belge, 17 mars 1882, S. 82. 4. 9 — Cass. 26 déc. 1895, D. 86. 1. 366 ; 12 Mai 1897, D. 99. 1. 85. — Rouen, 24 fév. 1894, S. et P. 96. 2. 235 ; D. 96. 2. 518. — Nancy, 21 mars 1896, S. 96. 2. 235 ; D. 96. 2. 518. — Paris, 8 fév. 1896, S. et P. 99. 2. 215 ; D. 96. 2. 457 et la note de M. Planiol. — Dijon 12 mai 1897, S. et P. 97. 2. 243 ; D. 97. 2. 414. — Montpellier, 11 nov. 1897, S. et P. 98. 2. 176. — Alger, 22 juin 1900, S. et P. 19. 2. 2. 128 ; D. 1901. 2. 401. — *Cour sup. de Justice de Luxembourg*, 8 mai 1896, S. et P. 97. 4. 24 et la note. — Lyon, 23 fév. 1901, *Moniteur jud. Lyon*, 26 juill. 1901.

(2) V. dans ce sens. *Demotombe*, t. XXXI n° 672. — *Laurent*, t. XX n° 393. — *Larombière*, sur les art. 1382 à 1383 n° 30 et 37. — *Sourdat*, n° 33. — *Chausse*, op. cit. — *Huc*, t. VIII : n° 413. — *Rauter*, *Droit crim.* t. I, n° 133. — *Faustin-Hélie*, *Traité de l'Instr. crim.* t. I, n° 557 — *Le Sellyer*, *Traité de l'action publ. et de l'act. privée*, t. I, n° 263. — *Lacoste*, Note au S. et P. 97. 2. 25. — *Hudet et Metman*, *Des Oblig.* 2^e éd. n° 425. — *Garraud*, n° 346. — *Villey*, p. 180. — *Planiol*, t. II, n° 904. — *Thirry*, t. 3 p. 225. — *Boileux*, t. IV, p. 762. — V. toutefois : *Haus*, t. I, n° 1057.

(3) V. *Fenet*, *Travaux préparatoires*, t. XVII, p. 467, 474 et 487 à 488.

mots « quelque tort », Pothier n'a pu comprendre que l'atteinte portée à l'honneur, à la considération, aux légitimes affections.

Autrement ont procédé le Code autrichien de la loi russe qui ont eu l'intention de considérer le principe de la réparation du tort moral dans ses applications spéciales, mais non pas dans sa généralité. Cela a l'avantage de faciliter énormément la tâche du juge, éventuellement de prévenir son arbitraire, mais cela a l'énorme désavantage de laisser hors de la tutelle juridique des intérêts dignes de protection, car il est impossible au législateur de prévoir tous les cas particuliers au moment de la confection de la loi.

Art. 301 du Code civ. — Ce texte, bien que ne visant pas simplement le tort moral, comprend, dans ses dispositions aussi la réparation d'un préjudice extra-patrimonial résultant de l'inexécution d'un contrat. Il est ainsi conçu : en cas de divorce, « si les époux ne s'étaient fait aucun avantage ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire ».

Pour l'époux qui s'est vu dans la nécessité de demander le divorce, il y a un dommage moral discutable. « Uniquement à cause des écarts de conduite ou des fautes de caractère de son conjoint, il sort du mariage dissout, plus âgé, désillusionné de ses rêves de félicité conjugale, *privé des avantages moraux* ou pécuniaires que son mariage lui faisait espérer ou insuffisamment

indemnisé de cette privation par les clauses de son contrat... » (1).

L'art. 301 lui accorde une indemnité pour ce préjudice, sous la forme d'une pension alimentaire.

En dehors de Laurent (2), à qui se rallie M. Beudant (3) et qui voit dans cette allocation une créance alimentaire soumise à toutes les règles applicables aux aliments, la doctrine décide que la somme allouée sous cette forme constitue en réalité moins une dette alimentaire qu'une indemnité pour réparation de tout préjudice matériel ou moral, causé à l'époux innocent par la violation du contrat de mariage de la part de l'autre époux.

En effet, sur quelle idée pourrait-on faire reposer le caractère de dette alimentaire, qu'on veut attribuer à la somme allouée par ledit article ? Le divorce ayant détruit le mariage, l'obligation alimentaire, pas plus que les autres effets du mariage ne saurait subsister. Le fondement de la dette alimentaire ne peut donc se trouver que dans un fait illicite, soit la rupture du contrat de mariage, si on se rapporte à la cause directe du dommage, soit le fait qui a déterminé cette rupture (art. 1382), si on remonte à la cause du divorce.

Les deux grands arguments du jurisconsulte gantois sont : 1°, si la pension était accordée à titre d'indemnité, elle devrait être irrévocable, comme le préjudice lui-même, et il serait incompréhensible qu'elle pût être retirée quand elle a cessé d'être

(1) Labbé, Note au S. 93. 1.225.

(2) Droit civ. t. III, n° 311,

(3) Droit civ. t. II, p. 105. L'auteur, tout en trouvant juste l'argumentation de Laurent, constate qu'elle est en contradiction avec « une jurisprudence à peu près constante et avec l'opinion dominante dans la doctrine ».

nécessaire ; 2°, si la pension avait un caractère indemnitaire, comment le législateur aurait-il décidé qu'elle ne peut dépasser le tiers des revenus du débiteur, bien que le préjudice soit plus élevé ?

M. Labbé répond : de même que le montant d'une pension allouée à titre d'aliment peut être modifiée avec le temps, selon les besoins du créancier ou les ressources du débiteur, de même la pension allouée à titre de réparation peut être modifiée avec le temps, si le dommage est susceptible de variation. Cela ne contredit pas le caractère d'indemnité de la somme allouée, caractère reconnu par plusieurs documents judiciaires (1).

La jurisprudence, sauf quelques rares décisions restées isolées (2), reconnaît, depuis les tribunaux de première instance jusqu'à la Cour de cassation, le caractère indemnitaire de la pension de l'art. 301 (3).

Art. 430 et 433 du Code pénal. — Ces articles, nous paraît-il, font encore une application du principe de la réparation pécuniaire du préjudice moral résultant de l'inexécution d'un contrat. Ils accordent des dommages-intérêts pour le dommage moral subi par l'Etat à cause de l'inexécution des contrats de la part des entrepreneurs de fourniture militaire qui auront fait manquer le service dont ils étaient chargés ou apporté du retard dans la livraison ou les travaux qu'ils devaient exécuter.

(1) V. les rapports de MM. les Conseillers Manau sur l'arr. de Cass. 24 nov. 1886, D. 87. 1. 433 ; S. 88. 1. 433 et Denis, sur Cass. 3 janv. 1893, S. 93. 1. 225.

(2) V. notamment un arrêt de Riom, 27 janv. 1887, S. 88. 2. 214.

(3) Outre l'arrêt de Cass. cité, v. jug. Trib. Seine, 9 sept. 1886 — Caen, 19 mars 1889, S. 1890. 2. 209 et notamment Bordeaux. et la note de M. Valéry — Cass. 15 déc. 1909, D. 1911, 1. 25 et la note de M. de Loynes.

Il est superflu de démontrer l'importance que le bon fonctionnement de ces services a pour les armées. Le manquement des vivres ou même le simple retard peut compromettre le succès de toute une campagne militaire et menacer la sûreté de l'Etat.

L'Etat éprouve donc, à cause de la non-exécution des engagements contractés par les fournisseurs, des dommages qui en grande partie sont des dommages non-économiques, ils seront réparés par une indemnité pécuniaire.

B. — *La Jurisprudence.* — Voyons maintenant comment la jurisprudence, en face du peu de précisions des textes législatifs laissant toute liberté au juge, a interprété l'indication que le législateur lui a fournie dans ces quelques articles et dans l'esprit d'équité qui a présidé à la rédaction des autres textes relatifs à la réparation due pour toute atteinte aux droits d'autrui.

Presque tous les annotateurs des codes et les rédacteurs des répertoires juridiques attribuent à la jurisprudence française la règle de la non-réparation du dommage moral causé par l'inexécution d'un contrat (1).

En effet, il y a des arrêts qui ont débouté les demandeurs d'une action en dommages-intérêts pour réparation d'un préjudice extra-patrimonial causé par l'inaccomplissement d'un contrat, ou qui paraissent admettre implicitement cette non-réparation. Mais il y en a — et plus nombreux encore — qui ont

(1) V. *Fuzier-Herman et Darras*, sur l'art. 1382 à 1383, n° 1. — Cfr. Répertoire de la *Gazette du Palais*, v° Domm.-int., p. 18.

admis ces actions, cependant on les considère comme des exceptions.

Tout d'abord, la jurisprudence n'a pas à construire une doctrine synthétique, elle se borne toujours à statuer sur les espèces qui lui sont soumises. Si elle rappelle la règle de non-réparation, c'est pour se fournir un moyen commode de repousser certaines demandes en réparation qui lui paraissent fondées sur un intérêt moral peu sérieux.

Ensuite, peut-on dire que la non-réparation est la règle, quand les cas de réparation sont si nombreux ?

De l'analyse que nous allons faire de ces cas, dont nous citerons les plus typiques et les plus récents, on ne peut pas déduire que le dommage moral contractuel n'est pas réparé par la jurisprudence française.

1. — *Renvois brusques*. — Plusieurs arrêts (1) ont accordé des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral éprouvé par des salariés à la suite de renvois brusques.

En effet, si l'on ne prend en considération que la *perte* occasionnée à l'ouvrier par un congé injustifié, l'indemnité qui lui est due ne peut être que le montant des salaires qu'il aurait dû gagner jusqu'à l'expiration du délai normal de congé. C'est cette règle que suivent la plupart des décisions en cette matière. Mais les arrêts cités ont accordé aux salariés demandeurs un surplus. Que représente-t-il, ce surplus, sinon l'indemnité à eux

(1) V. Amiens, 4 août 1900, *Recueil d'Amiens*, 1901 p. 178 — Trib. Com. Lyon, 28 avr. 1903, *Gaz. Com. de Lyon*, 30 juin 1903 — Cass. 22 mars 1904, D. 1904. 1. 449 et la note de M. Planiol.

due pour le préjudice moral occasionné par la faute du patron qui les a brusquement congédiés ?

Il n'est pas douteux que le renvoi brusque ne cause à l'ouvrier congédié, outre le préjudice matériel égal à la perte de son salaire pendant le délai du congé, un préjudice non-économique. Un renvoi rapide, quand le contrat de louage d'ouvrage imposait un délai à observer, fait souvent croire que l'ouvrier a commis une faute grave, un vol, en tout cas un manquement à l'honneur ou un acte qui diminue sa valeur morale aux yeux de ceux qui seraient disposés à louer ses services.

Les juges l'ont très bien compris, et leurs décisions ne peuvent être qu'approuvées.

A la même catégorie de décisions doit être rattaché un jugement (1) qui accorde des dommages-intérêts à un chef d'orchestre chargé d'assurer le concours musical d'une pièce de théâtre et qui a été brusquement congédié à la veille de la répétition générale. Car, dit le jugement, ces fonctions doivent être considérées comme ayant au moins la même durée que les représentations de la pièce.

Cette indemnité, si dans l'espèce on peut la fonder sur un préjudice matériel (engagement des musiciens, frais de déplacements, etc.), il n'est pas moins vrai qu'elle est destinée, en partie tout au moins, à réparer le dommage moral causé par un renvoi injustifié, ce renvoi pouvant constituer une atteinte à la réputation du chef d'orchestre.

(1) Trib. de Paris, 9 juin 1905.

2. — *Inexécution du contrat intervenu entre le directeur d'un établissement théâtral et un artiste, auxiliaire ou le public.* — Il a été encore jugé (1) que le directeur d'un théâtre qui, sciemment, ne fait pas figurer sur ses programmes et affiches le nom du co-auteur de la musique d'une scène, bien qu'un contrat ait été passé pour la confection de cette musique, lui cause un préjudice dont réparation lui est due. Or, ce préjudice ne peut être que d'ordre moral, car on ne saurait faire entrer dans le patrimoine la réputation d'un compositeur ou auteur d'ouvrages.

Dans le même ordre d'idées, pour la non-exécution du contrat de location intervenu entre le directeur d'un théâtre et un spectateur qui avait loué ses places et qui s'est vu refuser l'accès de l'établissement, le Tribunal de la Seine (2) a condamné le directeur à des dommages-intérêts représentant l'indemnité pour le préjudice causé à ce spectateur, par « l'affront qui lui a été publiquement infligé ».

Plus anciennement, un arrêt de la Cour de Paris (3) a accordé une indemnité en argent à un artiste pour le dommage moral que le directeur d'un théâtre lui a causé, en lui retirant « par ses propres inspirations, par sa seule volonté », le rôle qu'il lui avait confié. En effet, il a été décidé que par cela seul, qu'un directeur de théâtre confie un rôle à un artiste, il s'engage à ne pas le retirer si l'artiste le joue convenablement. Il y a là un quasi-contrat.

(1) V. Trib. com. de Paris, 14 févr. 1905, *Gaz. Trib.* 9 mars 1905.

(2) Aud. du 10 mars 1906, *Recueil Gaz. Trib.* 1906, 2. 495.

(3) *Pandectes françaises*, v°. « Acteurs » n° 387, 388.

3. — *Non-livraison d'une œuvre d'art.* — L'artiste qui s'était engagé à faire une œuvre d'art et qui ne la livre pas, cause à celui qui doit l'avoir, un dommage matériel incontestable, mais il lui cause aussi un dommage moral par la privation des jouissances auxquelles on l'astreint, surtout quand la valeur de l'œuvre pour celui qui en a fait la commande est une valeur subjective.

Par arrêt du 4 juillet 1865 (1), la Cour de Paris a considéré que des dommages-intérêts doivent être alloués en réparation de ce préjudice moral.

Dans une hypothèse analogue (2), la même Cour, confirmant sur ce point un jugement du Tribunal de la Seine, a accordé à une personne qui avait commandé un tableau et qui ne l'a pas eu, une indemnité en argent, « pour la privation qu'elle subit ».

4. — *Violation d'un contrat de concession de sépulture.* — Le sentiment qui nous pousse au respect et à la vénération des êtres chers que nous avons perdus, entre encore dans le domaine du patrimoine moral. Toute atteinte à ce sentiment, ne pouvant amener une diminution du patrimoine matériel, constitue un dommage moral.

Les Tribunaux, à plusieurs reprises, ont eu à se prononcer sur la réparation de ce dommage. Toujours ils l'ont fait dans un sens favorable, bien que la source de l'obligation dont l'inexécution en a été la cause, fut un contrat.

(1) S. 65. 2. 233

(2) Arrêt du 2 déc. 1897, D. 98 2. 465.

Les juges du Tribunal civil de Lyon (1), ainsi que ceux du Tribunal de Lisieux (2), considérèrent que ce préjudice — pourtant le moins précis de tous ceux que nous citons — méritait une réparation et ils l'accordèrent par l'allocation d'une somme d'argent.

5. — *Inexécution du contrat de transport.* — Très nombreuses sont les décisions de la jurisprudence française qui accorde une indemnité pécuniaire aux victimes des accidents de chemins de fer.

Contrairement à un certain nombre d'auteurs (3) qui puisent cette responsabilité des Compagnies de chemins de fer dans l'art. 1784 applicable aux contrats de transport des choses, la jurisprudence se refuse à considérer les accidents comme des violations du contrat de transport, pour en faire des actes illicites et dommageables sanctionnés par l'art. 1382 du Code civ. (4).

Cela ne l'empêche pas, d'un autre côté, de décider que la compagnie est liée par un contrat, et que l'*inexécution de ses obligations* (retards dans la marche des trains, encombrements dans les voitures, etc.), donne lieu à des dommages-intérêts contractuels.

Elle paraît aussi se départir de son idée, en accordant des dommages-intérêts en cas d'accident, en vertu non pas de l'ar-

(1) Aud. du 26 oct. 1887, *Monit. de Lyon*, 14 nov. 1887.

(2) Jugement du 31 janvier 1900 *Gazette du Palais*, 17 mars 1900.

(3) V. *Saintellette*, Responsabilité, t. I, p. 87 — *Sourdat*, Responsabilité, t. II, n° 1058.

(4) V. dans ce sens : Cass. 10 nov. 1884, S. 85. I. 129; 16 déc. 1903, *Gaz. Trib.* 21 déc 1903 — Trib. Caen, 23 mai 1905, *Rousseau et Laisney*, Recueil proc. civ. 1906 p. 168; 17 nov. 1905, *Rec. arr. Caen et Rouen* — Alger 18 mai 1906, *Journ. trib. Alger*, 15 juin 1907; *Caz. Pal.* 3 juill. 1907.

ticle 1382, mais du contrat de transport intervenu entre le voiturier et sa victime. Tout dernièrement, le Tribunal civil de Paris (1) a condamné une compagnie de voitures automobiles à 115.000 francs de dommages-intérêts, « attendu qu'à bon droit les demanderesses invoquent dans leurs conclusions le contrat de transport intervenu entre la dame Bernstein et la compagnie routière ; que celle-ci devait, avec une auto lui appartenant et un chauffeur à son service, transporter pour un prix convenu par distance kilométrique la dame Bernstein d'Etretat à Paris, et qu'en vertu du contrat de transport et sans qu'il fut besoin d'une stipulation expresse, la compagnie routière devait transporter sains et sauf ses voyageurs à destination ».

La plupart des préjudices en raison desquels on accorde ces dommages-intérêts sont de nature non patrimoniale. Aussi trouvons-nous dans les nombreux arrêts ordonnant la réparation des dits préjudices, des arguments puissants en faveur de notre thèse.

C'est, d'abord, un jugement du tribunal de commerce de Toulouse (2) qui a condamné une compagnie à des dommages-intérêts envers des voyageurs de 3^e classe, obligés de monter dans des wagons de marchandises et donc vis-à-vis de qui « la compagnie n'a pas rempli ses engagements ».

C'est, après, un jugement du tribunal commercial de la

(1) Aud. du 6 avr. 1914, *Le Journal* 7 avr. 1914.

Il nous semble pourtant que la jurisprudence se contredit en décidant que sont licites les clauses et conditions du contrat de transport maritime exonérant, par dérogation formelle aux art. 1382 et 1384 Code civ., une compagnie de navigation des conséquences des fautes de ses capitaines, ainsi que des pertes et dommages causés par naufrage, échouement et pillage (v. Trib. Seine, 16 juillet 1907, *La Loi*, 1907 p. 573).

(2) Aud. du 1 juill. 1889, D 91.3.39.

Seine (1) qui décide qu'un voyageur dont la place a été en partie occupée par d'autres personnes montées en surnombre, a droit à des dommages-intérêts, et que la compagnie qui a pris l'*engagement* de le transporter à destination dans les conditions déterminées, ne saurait utilement invoquer, pour faire échouer l'action par lui intentée, l'absence de toute réclamation en cours de trajet.

C'est, ensuite, toute une série d'arrêts relatifs aux retards des trains, et qui décident que des dommages-intérêts sont dus à un voyageur par tout voiturier pour « la gêne, la perte de temps, le manque d'affaires et tous autres désagréments » — « le surcroît de fatigue, la privation d'un repas qui devait être doublé par la douce satisfaction de prendre le repas du soir dans la famille » — « les préoccupations causées par l'inquiétude supposée à la famille relativement aux causes attribuées au retard » — « la fatigue physique provoquée par une longue attente dans une gare et par une nuit passée en wagon (2).

Même de la violation du contrat relatif au transport des choses, et auquel la jurisprudence est unanime à appliquer toutes les règles du contrat, il peut résulter un préjudice non-économique que les tribunaux ont, sans hésitation, réparé, en allouant à la victime une somme d'argent.

Dans l'audience du 23 mai 1905, le Tribunal commercial de Paris décidait que le sculpteur qui a confié à des entrepreneurs

(1) Aud. du 10 oct. 1903, *Gaz. Trib.* 10 nov. 1903 ; *Gaz. Pal.* 4 déc. 1903.

(2) V. Trib. com. Rennes, 28 février 1906, *Gaz. Pal.* 20 mars 1906. — Trib. civ. Lyon, 22 fév. 1899, *La Loi*, 2, 3, 4 avril 1899 ; et 30 juill. 1898, *La Loi*, 10 nov. 1898. — Trib. Paris, 14 mars 1902, *La Loi*, 18 mai 1902.

de transport la maquette d'un monument en vue de prendre part au concours organisé par une ville pour l'érection de ce monument, est bien fondé à réclamer, indépendamment du prix du transport, des dommages-intérêts au transporteur, si, par suite de l'emprunt d'une voie plus longue, la maquette est arrivée à destination alors que les opérations du jury sur le choix des projets étaient terminées.

6. — *Violation d'une obligation de famille.* — D'une manière générale, c'est de l'art. 1382 que la jurisprudence fait dériver l'indemnité accordée en réparation du préjudice moral que cause la violation d'« obligation de famille » (obligations dérivant de la puissance paternelle et de la filiation, de la minorité et de la tutelle et surtout du mariage : devoir de sincérité, de secours et d'assistance).

Mais la jurisprudence, par une dérogation inexplicable à son principe, prétend, spécialement dans les cas des art. 213-214, qu'il y a inexécution d'une obligation de faire, et que, par conséquent, les dommages-intérêts alloués en cas de préjudice sont de nature contractuelle (1).

N'abordant ce sujet qu'en vue d'ajouter encore quelques

(1) V. dans ce sens : Nîmes, 20 fév. 1862, S. 63. 2. 161 ; D. 63. 2. 193 — Req. rej. 26 juin 1878, S. 79. 1. 176 ; D. 79. 1. 80 — Besançon, 29 juill. 1890, *La Loi*, 18 avril 1891 — Cass. belge, 18 mai 1899, *Pasicrisie belge*, 1899 1^{re} partie, p. 259 — Trib. Lyon, 1^{er} mars 1902, *La Loi* du 1^{er} octobre 1902 ; 24 fév. 1909, D. 1910. 2. 172. — Trib. Seine, 6 mars, 1911, D. 1911, 5. 28. Il y a des auteurs qui soutiennent que toutes les obligations qu'engendre le mariage, constituent de véritables contrats au sens juridique du mot, et que, par conséquent, leur violation constitue un cas de responsabilité contractuelle. Sic. : *Massin*, thèse citée, p. 389. — *Demogue*, *Revue trimestr. dr. civ.*, 1906. 1. 400. — *M. Labbé*, dans une note au *Sirey* (93. 1. 225) semble se prononcer pour l'affirmative. — *Contra* : *Meyniel*, *Revue prat.* 1884, p. 423.

exemples au nombre des cas dans lesquels la jurisprudence a ordonné une réparation pécuniaire du préjudice moral en matière contractuelle, nous n'insisterons pas sur la discussion théorique à propos du fondement à donner à ces dommages-intérêts, ni sur la légalité de la sanction ainsi donnée à l'art. 214 (1). Ce qui nous intéresse, ce sont les arrêts qui ont accordé des dommages-intérêts pour violation de ces obligations.

Le très peu de ces décisions qui affirment que « comme il n'y a pas dans l'obligation de co-habitation d'avantages pécuniaires pour le mari, cette obligation ne peut se résoudre en dommages-intérêts en cas d'inexécution », sont de date ancienne (2) et combattues unanimement par les arrêts cités ci-dessus qui ont eu à se prononcer sur la question dans les dernières années.

De ces derniers nous voulons reproduire seulement un arrêt récent de la Cour de Lyon, du 24 février 1909, qui s'exprime ainsi : « Attendu que le mariage, en même temps qu'il crée des devoirs purement moraux, constitue un contrat civil qui engendre lui-même des obligations édictées et sanctionnées par les lois... Attendu que les devoirs ainsi imposés aux époux par le législateur sont, non pas seulement l'expression d'un précepte de morale ou une simple exhortation, mais une obligation civile qui notamment constitue la sauvegarde de l'existence de la famille,

(1) V. pour l'affirmative, en dehors des arrêts cités : *Demolombe*, IV, n° 106. — *Duranton*, II, n° 439. — *Planiol*, I, n° 895. — 2°. — *Fuzier-Herman*, art. 214, n° 15 ss. — *Contra* : *Aubry et Rau*, v. Cha. 471 p. 135, n° 5. — *Laurent*, III, n° 92. — *Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade*, III, n°

(2) Colmar, 4 janv. 1817, S. et P. Chron. ; 10 juillet 1834, S. 1834. 2. 128, D. 34. 2. 105. — Pau, 11 mars 1863, S. 63. 2.

Hormis ces trois arrêts il n'y en a guère qu'on puisse citer comme refusant une condamnation à des dommages-intérêts.

dont le maintien importe à l'intérêt social ; qu'il ne saurait dépendre ni du caprice de l'un des époux de se dérober à ses obligations, ni de la volonté du juge de ne pas les sanctionner ; — Attendu que, suivant les dispositions de l'art. 1142 du Code civil toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution ; qu'elles impliquent au profit de celui envers qui l'obligation a été contractée, le droit d'en poursuivre l'exécution et, à défaut, de le faire condamner à l'exécution sous peine de dommages-intérêts... ».

Les autres Tribunaux appuient leurs décisions sur le même raisonnement juridique. Ils n'ont pas hésité à accorder des dommages-intérêts à l'époux abandonné, soit sous la forme d'une indemnité globale, soit sous la forme de tant par jour, et cela malgré le manque « d'avantages pécuniaires ».

7. — *Rupture d'une promesse de mariage.* — Il est incontestable que deux personnes qui se promettent de se prendre pour mari et femme concluent un contrat, et que celle des deux qui ne tient pas son engagement se rend responsable d'un manquement à une obligation de faire et doit être condamnée à des dommages-intérêts. C'est donc l'art. 1142 qui devrait être « la racine de toute condamnation judiciaire de ce chef » (1).

Tel était, en effet, le raisonnement de la doctrine (2) et de la jurisprudence (3) jusqu'en 1838.

(1) *Giraud*, Revue critique, 1888, p. 740.

(2) V. *Merlin*, Répertoire, v^o Fiançailles. — *Toullier*, Droit civil, t. VI, p. 307, ss.

(3) Trèves, 5 fév. 1808, D. Rép. v^o Mariage, p. 179. — Colmar, 28 janv. 1812 ; 23 janv. 1833, D. id. p. 482. — Toulouse, 16 fév. 1813, D. id. p. 178.

A cette date, un arrêt de la Cour de cassation décida que « l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du préjudice causé et dans l'obligation imposée par la loi à celui qui en est l'auteur, de le réparer ».

Les raisons qui ont poussé, en 1838, la Cour de cassation à changer la cause juridique de l'indemnité accordée dans ces cas n'étaient pas provoquées par le désir de repousser le principe de réparation du dommage en matière contractuelle.

De l'étude des arrêts rendus après (1), il résulte que ces raisons étaient toutes différentes. D'abord on pensait que la sécularisation du mariage ne pouvait se concilier avec l'efficacité des promesses de mariage. Ensuite, que le Code civil requiert, dans son art. 180, une entière liberté pour le mariage, et la reconnaissance d'un contrat liant les parties avant la célébration solennelle, aurait pu être interprétée comme faisant échec à cette liberté.

Avant 1838, il y eut donc toute une catégorie de préjudices moraux réparés par des dommages-intérêts, bien qu'engendrés par l'inexécution d'un contrat. Par conséquent, l'argument que nous pouvons tirer de cette jurisprudence, qui a changé de direction pour les raisons ci-dessus indiquées, en faveur de notre thèse, reste toujours valable.

8. — *Divulgateion de lettres confidentielles.* — De l'étude des décisions jurisprudentielles, il résulte que le principe incon-

(1) Poitiers, 29 mai 1834, D. Rép. v^o Mariage, p. 177. — Caen, 6 mars 1850, D. 50. 5. 364. — Douai, 3 déc. 1853, D. 55. 2. 132. — Lyon, 10 juillet, 1869, D. 70. 5. 291. — Cass., 12 nov. 1901, D. 1902, 1. 46, S. 1902, 1. 237.

testé de l'inviolabilité du secret contenu dans les lettres dites confidentielles, repose sur un *pacte tacite*. Ce pacte s'établit entre l'expéditeur de la lettre et son destinataire par la réception de la part de ce dernier. Il devient une convention expresse quand l'expéditeur a mis comme conditions à l'envoi de la lettre que celle-ci lui sera retournée ou qu'en tous cas son contenu restera secret.

Si le destinataire manque à son obligation, en communiquant la lettre à un tiers, ou en la livrant au public, il cause à l'expéditeur un dommage qui ne peut être qu'un dommage moral. Quelquefois ce sera la divulgation de faits d'ordre intime, qui pourrait avoir des conséquences fâcheuses sur sa considération ou sa situation morale. D'autres fois ce sera la connaissance publique des renseignements confidentiels qu'il a donnés sur un tiers et qui pourrait l'exposer à une demande en dommages-intérêts de la part de ce dernier.

Ce préjudice non-patrimonial qui peut se manifester sous des aspects si différents, les tribunaux le réparent par une allocation pécuniaire.

Ainsi, dans son audience du 23 janvier 1897, le Tribunal civil de Vire, approuvé par la Cour de Caen (1), a condamné le destinataire d'une lettre confidentielle, qui l'avait communiquée à un tiers, à des dommages-intérêts pour « le préjudice à raison duquel une réparation pécuniaire est due au demandeur ».

(1) V. Caen, 7 févr. 1898, D. 99. 2. 2. — *Adde* dans le même sens : Orléans, 19 mai 1900, D. 1903. 2. 388, — Rouen, 7 mai 1904, D. 1906. 2. 63.

9. — *Inexécution d'un contrat de louage de services.* —

Nombreux sont encore les cas dans lesquels les tribunaux français ont accordé des dommages-intérêts pour un préjudice moral résultant de l'inexécution d'un contrat de louage de services.

Une hypothèse intéressante est celle qui s'est posée en appel devant la Cour de Dijon (1) et qui était compliquée d'une question de responsabilité indirecte. L'administration d'un hospice avait accepté en traitement un malade payant, qui s'est vu la santé périlée par le manque de soins et l'impéritie du médecin appartenant à cet hospice. Il en demandait réparation du dommage moral qu'on lui a ainsi causé.

La Cour a jugé que lorsqu'un hospice reçoit un malade payant, il se crée entre ce dernier et la commission administrative, une obligation contractuelle qui donne à cette commission le devoir d'assurer au malade, dans la mesure où cela dépend d'elle, les visites médicales que nécessite son état.

C'est un contrat commutatif rentrant dans la définition qui en est pourvue par l'art. 1104 du Code civ. et donnant, par suite, naissance à des droits et à des devoirs réciproques.

Le malade peut donc invoquer le principe posé dans l'article 1147, Code civ., qui autorise le créancier à demander des dommages-intérêts dans le cas où le débiteur n'exécute pas son obligation et la Cour les lui a accordés.

10. — *Violation d'un contrat de société.* — En dehors d'autres obligations, le contrat de société crée pour ceux qui y ont

(1) Audience du 18 mars 1903, D. 2. 134-135.

été parties, le devoir de respecter toutes ses clauses. Un manquement à cette obligation peut faire à la Société et vice-versa, un tort d'ordre pécuniaire, mais il peut, aussi, lui causer un dommage moral.

En voici deux exemples :

Une religieuse avait été admise à prononcer ses vœux dans une communauté de gardes-malades.

Ayant rempli, pendant quinze années, les fonctions de garde-malade pour le compte de cette communauté, avec le plus grand zèle et le plus grand dévouement, le fait par la supérieure de la communauté d'expulser cette religieuse, constitue une faute de nature à entraîner l'allocation des dommages-intérêts au profit de la religieuse expulsée.

La communauté, par la supérieure, ne pouvait pas résilier le contrat tacite intervenu entre elle et la religieuse. Ce faisant, elle a causé un préjudice moral, dont réparation lui est due (1).

Le second exemple nous est fourni par le cas de l'artiste dramatique Coquelin (2), qui appartenait à la Comédie Française.

L'adhésion que ce comédien, reçu sociétaire, avait donnée par acte notarié passé contradictoirement avec l'administrateur général de la Comédie, aux actes constitutifs de la Société et aux décrets qui la régissent, avait eu pour effet d'incorporer au pacte social ces décrets qui sont devenus ainsi, comme les actes constitutifs eux-mêmes, la loi contractuelle des deux parties.

Cette loi impose à tout artiste sociétaire, l'interdiction, après

(1) V. Angers, 9 mars 1895, S. et P. 95. 2. 96; D. 95. 2. 319.

(2) V. Paris, 21 avril 1896, D. 97. 2. 177 ss; S. et P., 97. 2. 9. et la note.

son admission à la retraite, de jouer sur aucun théâtre de Paris ni des départements. S'il contrevient à cette obligation, il se rend passible de dommages-intérêts qu'il devra payer à la Société pour l'atteinte portée au pacte social, constituant pour elle une atteinte à sa réputation. L'artiste a été en conséquence condamné à un dédommagement pour chaque représentation donnée.

§ 2. — PAYS D'INFLUENCE JURIDIQUE FRANÇAISE

Le Code civil français, le seul qui ait servi jusqu'à présent de modèle aux législateurs étrangers, a exercé son influence sur toutes les codifications. Mais nous n'entendons examiner, quant à la question qui nous préoccupe, que les législations qui ne sont ni une copie du Code civil français (1) ni étrangères à ce Code par la *manière de penser juridiquement*. Entrent dans la catégorie que nous envisageons, parmi les législations importantes, celle de l'Italie, de l'Espagne, de la Roumanie et, en partie, celle du Portugal et de la Suisse.

Tous ces pays ont puisé dans le Code Napoléon les grands principes de droit, mais en faisant une part, plus ou moins large, à leurs institutions indigènes, et en adaptant les prescriptions de ce code à leurs idées juridiques nationales.

Pourtant, dans la matière qui nous intéresse, ainsi que dans

(1) Comme les codes des républiques de l'Amérique du Sud, notamment : La Bolivie, l'Uruguay, l'Argentine.

toute la matière des obligations, les articles du Code français ont été reproduits presque sans aucun changement (1).

Aussi notre tâche sera-t-elle surtout de voir comment la doctrine et la jurisprudence de ces pays ont interprété le peu des textes qui ont rapport à notre question, et si les décisions des juridictions françaises, qui ont presque autant d'autorité que leurs propres tribunaux, les ont influencées.

Italie

Il y a d'abord dans le Code italien l'art. 1151 qui est la traduction exacte de l'art. français 1382.

De même qu'en France, cet article a donné lieu, en Italie, à des controverses quant au genre de dommage qu'il envisage. Mais tandis qu'aujourd'hui, en France, la jurisprudence est fixée dans le sens d'une large interprétation, en Italie elle ne l'est pas encore.

Il y a en Italie des auteurs — et, il faut le reconnaître, ils sont nombreux — qui soutiennent que dans cet article, comme partout où le législateur a employé le mot « danno », il n'est pas fait allusion à un préjudice d'ordre non économique, idéal,

(1) M. Vacca, dans son rapport au Sénat italien, déclarait ce qu'il y avait de mieux à faire dans cette matière, était de ne pas s'écarter de tels modèles.

Parlant des obligations dans la législation civile espagnole, M. Lehr (Éléments de droit civil espagnol, t. I, p. 334) dit que cette partie du droit est celle où elle présente le moins d'originalité.

soit à un dommage matériel direct (« diminutio patrimonii ») (1), soit à un dommage patrimonial indirect (2).

Mais, contrairement à ce que M. Dorville affirme dans sa thèse, la majorité des civilistes italiens, ainsi que la jurisprudence dominante, se prononcent pour l'admissibilité d'une large acception du mot « dommage » (3).

Les différentes Cours de cassation, ainsi que les Cours d'appel d'Italie, ont maintes fois admis cette large interprétation, en accordant des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice moral causé par homicide ou blessures, par injures, calomnie ou diffamation, par séduction ou rapt sans séduction, par un procès injurieux ou simplement téméraire, par emprisonnement illégal, coups et soufflet en public, attentat à la pudeur, inexécution de devoir conjugal, etc... (4).

Des textes qui soient considérés comme résolvant la question de la réparation du dommage moral en matière contractuelle, il n'y en a pas plus dans le Code italien que dans le Code fran-

(1) Dans ce sens : *Chironi*, La colpa nel diritto odierno, vol. 2 p. 218, n° 411 ss. — *Gabba*, Chistioni di diritto civile, 2, p. 225, *Foro italiano*, 1896, I, p. 686, en note.

(2) Cfr. *Vidari*, note sous l'arrêt de la Cour de Milan, publié dans *La Legge*, 1894 I, p. 729, où, en contradiction avec ce qu'il avait écrit dans son « *Diritto commerciale* », IV, n° 2304, note 1, dans lequel la signification de ce mot est donnée comme étant la même que celle du mot allemand « *Schmerzengeld* », il écrit que « la douleur physique ou morale doit donner lieu à une réparation, car elle peut influencer sur l'activité économique de la personne et par conséquent sur son patrimoine ».

(3) V. dans ce sens : *Giorgi*, Teoria delle obbligazioni, V, n° 161 et 238 ss. — *Bianchi*, Corso del Cod. civ. ital., p. 11-12 — *Galdi*, comm. al Cod. civ. ital. XII, p. 539 et 595. — *Borsari*, comm. al Cod. civ. ital., III, § 1151, p. 335 ss.

(4) V. toutes ces nombreuses décisions de la jurisprudence dans *Minozzi*, op. cit. p. 152, note 1 et p. 184 à 192.

çais. Toutefois, l'art. 1218 (1) placé immédiatement sous le titre « des effets des obligations » et correspondant à l'art. 1142 français a une portée tout autre que ce dernier. Par la généralité des termes qu'il a employés, le législateur italien paraît avoir eu l'intention d'embrasser tous les genres de dommages résultant de l'inexécution des contrats, comme il a voulu viser dans l'art. 1151 tous les préjudices causés par un fait délictueux.

Il y a en effet des jugements qui décident que le principe de la réparation du dommage moral peut découler des art. 1218 et suivant. La Cour d'appel de Venise, dans son arrêt du 18 septembre 1883 (2), confirmé par la Cassation de Florence le 17 janvier 1884, a décidé que les articles sus-cités envisagent toutes sortes d'obligations et prévoient non seulement les dommages-intérêts dus pour la perte pécuniaire et pour le gain manqué, mais encore ceux qui ont un caractère moral (3).

On a cité comme s'y opposant l'art. 1116 du Code civ., qui dispose que « les choses seules qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet d'un contrat », et M. Giorgio Giorgi (4), dit que toute obligation, pour être juridiquement valable, doit porter sur un objet appréciable en argent.

(1) « Celui qui a contracté une obligation est tenu de la remplir exactement et à défaut de réparer le dommage ».

(2) V. *Giurisprudenza italiana*, 1884, 2, 17.

(3) Outre ces décisions, v. dans le même sens : Bologna, 5 mars 1869, *Ann. giur. ital.*, 1869, 2, 249. — Ancona, 26 mars 1870, *Legge*, 1870, 1, 648. — Venezia, 13 avril 1897, *Riv. ann.* 1897, 580. — Venezia, 25 mai 1900, *Giur. ital.*, Rep. 1900, v^o Colpa civile n^o 130. — Palermo, 30 déc. 1904, *Giur. ital.*, Rep. 1905, v^o Colpa civile n^o 156. — *Contra* : v. *Giur. ital.*, Rep. au même mot, Milano, 2 déc. 1902. — Cass. Torino, 10 juil. 1903. Venezia, 3 août 1905 ; 25 mai 1906.

(4) *Op. cit.* t. I, n^o 228.

Reprenant le raisonnement de Pothier, il veut démontrer que le droit du créancier serait illusoire du moment qu'il ne peut être condamné à des dommages-intérêts en cas d'inexécution. Les obligations de l'époux (devoirs de co-habitation, fidélité, secours et assistance, etc.), dit-il, ne sont pas des obligations proprement dites justement parce qu'elles ne peuvent donner lieu, en cas d'inexécution, à des dommages-intérêts.

Mais c'est résoudre la question par la question. Il s'agit précisément de savoir si, dans le cas de manquement à ses obligations, l'époux ne sera pas condamné à dédommager son conjoint pour le tort causé. Or, la jurisprudence italienne (1), comme l'unanimité de la jurisprudence française, ne se refuse pas à accorder une indemnité pour violation de ces obligations.

D'ailleurs, cet article est la traduction exacte de l'art. 1128 du Code français et s'exprime en mêmes termes que l'art. 127 du Code espagnol, et pourtant personne, ni en France ni en Espagne, ne se fait de ce texte un argument en faveur de la patrimonialité de l'obligation (2). La raison en est bien simple : c'est que les textes cités ne veulent pas dire qu'une chose doit être cotée dans le commerce pour pouvoir servir d'objet aux rapports juridiques, leur but est simplement d'en exclure celles que la loi, par des dispositions expresses (l'état et la capacité des personnes, les biens du domaine public, les successions futures, etc.), met hors des conventions particulières.

(1) V. : Cour de Brescia, 19 Mai 1890, *Foro italiano*, 1890, I, 102, Cour de Palermo, 16 mars 1903, *Giur. ital.* 1, 2, 487.

(2) Cfr. Dorville, op. cit.

Espagne

Quel est l'esprit du Code espagnol et de la jurisprudence relativement au dommage moral résultant de l'inexécution d'une obligation à objet sans valeur pécuniaire ?

Des articles qui ont trait à cette question, il résulte d'abord que l'objet des obligations ne doit pas nécessairement présenter un intérêt pécuniaire pour le créancier. Ainsi l'art. 1271, plus scientifiquement conçu que les articles français auxquels il correspond, s'exprime dans son alinéa 3 en ces termes : « Peuvent également faire l'objet des conventions toutes les prestations qui ne sont pas contraires aux lois et aux bonnes mœurs.

M. Pozo (1), donnant la définition du contrat tel qu'il est conçu par le Code civil espagnol, s'exprime ainsi : « Le contrat est une fonction sociale qui consiste dans un rapport obligatoire s'établissant entre les personnes et portant sur des objets de droit, capables de contribuer à la réalisation de notre but dans la vie par l'intermédiaire des prestations corrélatives, nécessitées directement par nos besoins et indirectement par nos convenances particulières. » Aucune condition de pécuniarité donc.

D'autre part, l'art. 1257 alinéa 2, écartant les restrictions posées par l'art. 1121 du Code français, proclame la validité des stipulations pour autrui en ces termes : « Si le contrat contient une stipulation en faveur d'un tiers, ce dernier peut en exiger

(1) El código civil y su jurisprudencia, t. I, p. 329, ss.

l'accomplissement du moment où il a fait connaître à l'obligé son acceptation avant qu'elle ait été révoquée. » L'objection tirée de la prohibition des stipulations pour autrui n'existe donc pas en droit espagnol.

Mais dans le Code civil espagnol, il y a un texte qui se réfère directement à la réparation du dommage résultant de l'inexécution d'un contrat et qui, loin d'en exclure le préjudice moral, paraît l'impliquer. C'est l'art. 1101 : « Demeurent soumis à l'obligation de réparer les *dommages et préjudices causés*, ceux qui apportent dans l'accomplissement de leurs obligations de la mauvaise foi, de la négligence ou des retards et ceux qui, d'une façon quelconque, contreviennent aux clauses de leurs engagements. »

D'ailleurs, toutes les dispositions du Code civil espagnol touchant les matières où le dommage moral peut se produire le plus souvent — obligations de faire en général, contrat de louage, contrat de transport — sont toutes conçues d'une façon très générale.

L'interprétation donnée à ces textes par les tribunaux d'Espagne est en faveur de la réparation du préjudice moral causé par l'inexécution d'un contrat. A titre d'exemple, nous citons un arrêt (1) du 27 juin 1894 qui a condamné à des dommages-intérêts une compagnie de chemins de fer en réparation du préjudice moral occasionné à un voyageur par des blessures, comme « ayant manqué à l'accomplissement du contrat de transport qui était

(1) V. les autres décisions rapportées par Pozo, op. cit. t. I, p. 329 et ss.

intervenu entre elle et ce voyageur par le paiement du billet de transport ».

Portugal

Si on jugeait d'après le soin que le législateur portugais a mis pour ne laisser en dehors de la protection de la loi aucun de ces droits que dans les traités de philosophie juridique, on a l'habitude d'appeler *droits originaires*, que Blakstone, dans ses Commentaires sur la législation anglaise, appelle *droits absolus* et que la Constitution française nomme *droits de l'homme* ; si on prenait en considération, ensuite, l'effort tenté par ce législateur, tout à la fois de développer scientifiquement dans une œuvre législative, les principes contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et de concilier les formules abstraites du Droit pur avec les exigences de l'esprit moderne et les progrès de la science juridique, on s'attendrait à voir le Code civil portugais admettre, d'une façon générale et absolue, la réparation du dommage moral.

En effet, l'art. 368 qui termine le chapitre réservé à ces droits finit ainsi... « quiconque les viole est tenu à une réparation ». Et l'art. 2361 qui pose le principe de la réparation civile serait tout à fait favorable à la réparation du dommage moral : « Quiconque a violé ou porté atteinte aux droits d'autrui est obligé d'indemniser la personne lésée de *tout le préjudice qu'il cause*.

Mais, dans les décisions qui se rapportent directement à la

réparation du dommage moral, le Code portugais ne tient pas compte de ce dommage. Les articles 2384, 2385 et 2387, concernant la responsabilité délictuelle, décident que la victime aura droit à une indemnité seulement « si elle est dans le besoin ». L'indemnité accordée par l'art. 2389 pour injures ou pour toute autre offense contre l'honneur et la réputation, consistera aussi dans la réparation du dommage subi « *réellement* » par l'offensé, et celui qui s'est rendu coupable de l'attentat à la pudeur sera seulement condamné à doter sa victime suivant sa condition et son état.

Si le dommage moral subi à la suite d'un acte illicite n'est pas réparé, il ne l'est pas non plus quand il résulte de l'inexécution d'un contrat. L'indemnité due pour la non-exécution d'un contrat comprend, dans la législation portugaise, le *damnum emergens*, et le *lucrum cessans*. Mais s'il n'y a eu ni perte ni gain manqué, on n'accordera pas de dommages-intérêts (1).

Dans toutes ces dispositions, le Code portugais semble avoir été fortement influencé par la législation anglaise (2), où le dommage moral n'est pas toujours pris en considération, surtout quand il est causé par l'inexécution d'un contrat.

En ce qui concerne la validité d'une obligation à objet non pécuniaire, l'art. 671 alinéa 2, semble y apporter une solution en disant que ne peuvent faire légalement l'objet d'un contrat... « les choses ou les actes qui ne peuvent être réduits à une valeur

(1) Cfr. José Diaz Ferreira, *Código civil português anotado*, p. 44, vol. II.

(2) Cfr. Alberto Aguilera y Velasco, *Código civil português*, p. XXVIII ss.

exigible ». Mais, d'après M. José Diaz Ferreira (1), cette disposition aurait un tout autre sens. Le législateur a voulu, dit l'auteur, exclure les choses qui, par leur indétermination, ne peuvent pas se réduire à une valeur exigible. Ainsi n'est pas valable, ajoute-t-il, une « vente de vin », c'est-à-dire une vente dans laquelle on n'a pas déterminé la quantité que le débiteur s'est obligé à fournir. En effet, la quantité de vin, qui a fait l'objet de la vente peut se réduire à une goutte, laquelle ne représente aucune valeur qu'on puisse exiger.

Roumanie

Le Code civil roumain, dans la matière qui nous intéresse, ne contient pas d'autres dispositions que celles que nous avons trouvées dans le Code civil français. L'art. 998 est une traduction fidèle de l'art. 1382.

Ce texte a été interprété par la doctrine roumaine dans le même sens qu'en France (2).

(1) Op. cit. t. II, p. 17, sur l'art. 671 alin. 2.

(2) Le seul auteur qui soutient que même en matière délictuelle les dommages-intérêts accordés doivent toujours avoir pour but de compenser un préjudice matériel est M. *Pancesco* (Tractatul obligatiunilor, t. II, p. 461) Mais son opinion est considérée comme vieillie et ne correspondant plus aux idées modernes sur le Droit et aux nécessités de la pratique.

Cfr. Dans ce sens *Dimitrie Alexandresco*, Explicatiune teoretică si practică a Dreptului civil român, 1^{re} éd. t. VI, p. 395 ss. M. Alexandresco semble s'écarter de la conception du dommage moral telle que nous l'avons comprise et telle qu'elle résulte de la jurisprudence et de la doctrine française. Il dit en effet (même vol. p. 450) que « le dommage peut être matériel, c'est-à-dire atteindre la personne (par exemple les coups) ou la fortune de quelqu'un. Il peut être moral, c'est à dire

Les Cours et Tribunaux de Roumanie, dans les hypothèses les plus diverses (1), ont fait maintes fois application du principe de la réparation du dommage moral causé par un acte délictueux.

Un arrêt du Tribunal de Ilfov (2), résume, en termes clairs, le principe de l'indemnité pécuniaire en cette matière : « Attendu, dit le Tribunal, que le législateur, voulant protéger tous les droits et les biens d'une personne, a prévu dans les art. 998 et 999, en termes généraux et qui ne font aucune distinction, que *tout dommage* doit être réparé, par conséquent tant le dommage matériel que le dommage moral ; et, bien qu'il soit souvent impossible de réparer et d'évaluer en argent un préjudice moral, il n'en est pas moins vrai que toute condamnation, soit-elle pécuniaire, implique une réprobation morale du fait dommageable ; et ensuite, du fait qu'on ne peut évaluer en argent un préjudice moral, et partant accorder une réparation directe, on ne doit pas déduire qu'on ne peut en accorder aucune, mais, au contraire, les juges sont souverains appréciateurs et ils peuvent la proportionner à la gravité du dommage moral. »

Le point de vue auquel s'est mis le tribunal, on le voit, est le point de vue juridique, mais il donne comme fondement aux dommages-intérêts, dans les cas où le préjudice moral est impossible à apprécier, uniquement la réprobation que l'acte injuste

atteindre l'honneur ou les légitimes affections d'une personne ». Or, d'après l'analyse que nous avons faite, le dommage moral est tout dommage qui n'atteint pas le patrimoine, il comprend donc les atteintes à la personne, les souffrances physiques, comme les souffrances morales.

(1) V. les arrêts et jugements cités par M. Alexandresco, *op. cit.* p. 451 ss. même vol.

(2) V. *Dreptul*, du 1890, n° 1.

doit recevoir, ce qui est faux, car cela implique l'existence d'une loi re-introduisant l'institution de la peine civile.

Si, à l'idée de réparation se joint dans la plupart des cas une idée de réprobation morale, à la base de l'indemnité accordée se trouve *toujours* l'idée de réparation du tort, l'idée de compensation. Les juges ne devront donc prononcer aucune condamnation pécuniaire, quand il est, d'une façon absolue, impossible d'apprécier le préjudice moral.

Quelle est la solution qu'on doit donner en ce qui concerne le dommage non-patrimonial résultant de l'inexécution d'un contrat ?

Tout ce qu'on a dit dans la doctrine française à ce sujet on l'a répété dans les ouvrages de droit roumain.

Des décisions de jurisprudence relatives à cette question, nous ne pouvons en citer aucune, si ce n'est quelques jugements des justices de paix, contenant de vagues énonciations sans grand intérêt.

Ce que nous avons dit sur ce point pour l'ancienne jurisprudence française, nous pouvons le répéter pour la jurisprudence roumaine : les cas qui se présentent devant les tribunaux roumains concernent exclusivement le préjudice moral délictuel. Les besoins de la pratique n'ont pas réclamé jusqu'à présent un parti à prendre de la part des juridictions roumaines. La question n'est discutée qu'au point de vue théorique.

Mais il est certain que la solution que ces juridictions devront donner à la question, ne pourra être que favorable à notre thèse. Les mêmes considérations sur lesquelles la jurisprudence française s'appuie, quand elle accorde des dommages-intérêts en

réparation du préjudice moral résultant de l'inaccomplissement d'un engagement, existe en droit roumain, et les décisions des tribunaux français ont toujours servi de guide à la jurisprudence roumaine dans la plupart des matières.

Suisse

La législation suisse est la première qui ait établi d'une manière expresse et générale la réparation du tort moral éprouvé dans les cas de lésion corporelle ou mort d'homme par le blessé ou par la famille de la victime décédés. En a-t-elle fait de même pour le préjudice résultant de l'inexécution ou de la violation d'un engagement ?

Dans son art. 17, sous le titre de l'Objet des contrats, le Code des Obligations énumère les prestations au sujet desquelles on ne peut conclure des contrats. Ce sont les prestations impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs. Aucune disposition de ce code ne laissait déduire qu'il soit besoin, pour qu'une obligation soit valable, d'un intérêt ayant une valeur pécuniaire.

Ce code a été révisé en 1912, et le nouveau texte ne s'est pas borné à reproduire la définition négative de l'art. 17. Dans l'art. 19, le législateur suisse dispose : « L'objet d'un contrat peut être librement déterminé dans les limites de la loi. La loi n'exclut la convention des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit stricte ou lorsqu'une dérogation à son texte serait con-

traire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité. »

Tout doute, quant à la reconnaissance de l'intérêt moral, doit disparaître en face de la nouvelle rédaction. « Lorsque l'objet d'un contrat est un fait, dit M. Rossel (1), ce fait doit être possible et licite, il n'est pas indispensable, sans doute, qu'il soit *utile* », sous-entendant l'utilité pécuniaire.

Il serait presque fastidieux de produire un autre argument pourtant décisif. C'est que la proposition faite devant la première commission du Code des Obligations de 1881, tendant à spécifier que l'objet du contrat doit avoir nécessairement une valeur patrimoniale, a été rejetée. La question qui donne encore lieu à des discussions en Allemagne, a été donc résolue en Suisse.

Mais cet intérêt moral, dont on reconnaît la complète validité, comment est-il protégé, et quelle est la sanction en matière contractuelle ?

Dans l'ancien Code des Obligations, l'art. 116, relatif à l'étendue des dommages-intérêts fondés sur l'inexécution d'un contrat, après les avoir limitées au *damnum emergens* et *lucrum cessans*, apportent une exception en disant : « En cas de faute grave, il appartient au juge d'apprécier s'il y a lieu d'accorder de *plus amples dommages-intérêts*, que ceux qui sont déterminés au premier alinéa du présent article. »

(1) V. Rossel et Mentha, Manuel du droit civil suisse, t. III, p. 44.

Cependant, doctrine (1) et jurisprudence (2) s'accordaient à ne pas voir dans cet alinéa une réparation du préjudice moral même en cas de faute grave, se refusant à donner à l'expression « plus amples dommages-intérêts » une interprétation aussi large, la seule possible pourtant. Cette solution était d'autant plus choquante que le législateur suisse avait accordé au dommage non-économique subi à la suite des actes illicites de toutes sortes, la plus ample réparation. Avec cette interprétation, la loi suisse était la seule qui eût, d'une manière expresse, consacré la dualité de responsabilité.

Aussi est-il probable que c'est à la suite de critiques de ce genre et voyant la faveur que le préjudice moral gagne de plus en plus, que le législateur suisse, dans la seconde rédaction du Code fédéral des Obligations, a disposé dans son art. 99 alinéa 3, en remplacement de l'ancien art. 116, que : « les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle. »

Il est clair que l'ancienne opinion n'est plus conciliable avec ce nouvel article. M. Rossel le reconnaît lui-même.

Nous ne savons pas si les tribunaux de Suisse ont eu l'occasion, pendant la seule année qui s'est écoulée depuis la mise en vigueur du code révisé, de se prononcer sur la question ; mais il est certain qu'ils ne pourront plus maintenir leur opinion, à moins de se mettre en contradiction flagrante avec un texte précis de loi.

(1) V. *Rossel*, Manuel du Droit fédéral des Obligations, p. 177. — *Hafner*, Das schweizerische Obligationsrecht, p. 40.

(2) V. *Arrêts du trib. fédéral suisse*, XIX, p. 912. — *Addé* : *Rec. off.* t. XIX, p. 905 ; t. XXV, II, p. 773 et les arrêts cités par M. *Hafner*, op. cit. sous l'art. 17.

SECTION II

Pays de droit germanique

Dans toutes les législations, il y a des règles juridiques qui, n'étant que la traduction en articles de code des usages locaux, en forment comme une œuvre nationale, comme une manifestation du génie du peuple.

Mais on ne pourrait pas caractériser ainsi la matière des obligations. Là, il s'agit, pour la plus grande partie, de préciser les différentes formes sous lesquelles peut se manifester la volonté dans le domaine des conventions humaines et d'étudier les effets qu'elle peut produire. Or, ces effets sont presque partout les mêmes, car les mêmes nécessités juridiques suscitent à peu près partout des conventions analogues.

Aussi faut-il s'attendre à ne pas trouver, à ce sujet, de grandes différences entre les codes qui n'ont pas eu comme modèle le Code français et ce dernier.

Si on ajoute encoré, en parlant spécialement de la législation allemande, la similitude des bases sur lesquelles a été édifiée la matière des obligations (1), on peut affirmer que le droit des

(1) En effet les deux législations ont suivi le droit romain sous la forme que lui ont donnée, en France les juristes vulgarisateurs (Pothier, Dommat), en Allemagne les Italiens de chez qui il avait pénétré par voie de réception, constituant avant le nouveau Code civil, sous le nom de «droit commun», la législation subsidiaire de l'Allemagne.

contrats et d'obligations contractuelles est le même dans les deux législations (1).

Au sujet des dommages-intérêts, néanmoins, on pourrait dire que, d'une manière générale, la solution française se distingue par un plus grand libéralisme. Ici surtout, le droit germanique est resté plus imprégné de la vieille conception romaine que le droit français (2).

Allemagne

C'est surtout dans le nouveau Code civil de ce pays que la victime du dommage n'est pas très favorisée.

Outre, diverses obligations qui l'accablent et qui sont particulières à ce code — d'appeler l'attention de l'auteur du préjudice sur le montant des dommages-intérêts qu'il ne connaissait et ne devait connaître, de faire son possible pour éviter ou diminuer le dommage — si le dommage n'est pas relatif au bien pécuniaire, une indemnité ne lui est pas due en principe.

L'art 253 déclare catégoriquement : « Pour un dommage qui n'est pas un dommage patrimonial, le dédommagement en argent ne peut être poursuivi que dans les cas fixés par la loi » (3).

(1) Cfr. *Saleilles*, Etude sur la Théorie générale des Obligations, Introduction, n° 2. — *Raoul de la Grasseirie*, Code civil allemand, Introduction, n° XX.

(2) Cfr. *Carl Crome*, Livre du centenaire, II.

(3) Ces cas exceptionnels sont prévus par les art. 847 et 1301 et se rapportent tous à des obligations délictuelles. Ils ne nous intéressent donc pas. La seule dérogation en matière contractuelle qu'on pourrait regarder comme une exception c'est la disposition de l'art. 343 alinéa 2, que nous allons analyser plus loin.

Il faut faire remarquer que le Code de procédure civile allemand prévoit, contre le débiteur qui se refuse à accomplir son obligation, des astreintes, des amendes et même la prison, dispositions dont les tribunaux pourraient faire une juste application, mais qui sont loin de remplacer l'action en réparation, la meilleure des sanctions.

La disposition de l'art. 253 ne s'applique pas seulement au dommage résultant de l'inexécution d'une obligation, mais même à celui causé par un acte illicite.

Ainsi, dans la législation allemande, de même que dans la nouvelle rédaction du Code suisse, il ne pourrait être question de la soi-disant théorie des deux fautes, des deux sortes de responsabilité, bien que le législateur allemand semble plus soucieux du préjudice immatériel, causé par un acte illicite, que de celui subi à la suite de l'inexécution d'une obligation.

Dans la discussion des deux projets, divers amendements à l'art. 253, représentant un violent courant favorable, avaient été présentés en vue d'établir une réparation pour le dommage purement immatériel, au moins pour le cas où celui-ci résulterait de la violation d'une obligation non-contractuelle. Tous ces vœux ont été repoussés, car on voulait, prétendait-on, respecter la tradition classique et les « conceptions juridiques et morales du peuple allemand » (1). Or, un autre juriste allemand (2), affirme

(1) « Toutes les propositions en ce sens, dit *Planck* (*Bürgerliches Gesetzbuch*, note sous l'art. 253) furent repoussées, et à la vérité pour cette raison seule qu'il ne paraissait pas conforme aux conceptions juridiques et morales du peuple allemand de réclamer un dédommagement pécuniaire pour la lésion d'un intérêt idéal ».

(2) *Endemann*, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuch* p., 561, note 17.

justement que « on a résisté à la volonté populaire dominante qui aurait voulu mettre sur la même ligne les biens matériels et immatériels et accorder des réparations pécuniaires pour les atteintes portées aux unes comme aux autres ».

La vraie raison pourrait donc être celle donnée par Plank dans un autre endroit de son commentaire (p. 599), où il s'exprime en ces termes : « on n'a pas considéré qu'il fût bon de donner au juge des pouvoirs si étendus et de confier à la jurisprudence la solution de questions fondamentales qui rentrent, à la vérité, dans le domaine du législateur. Les prescriptions relatives à la réparation du dommage sont, au contraire, très exactement limitées dans la loi, de manière à offrir une base ferme pour la décision de chaque cas particulier ».

Cette raison est, en effet, confirmée par les Motive (1), qui s'expriment ainsi : « Par la reconnaissance générale du principe d'indemnité pécuniaire pour les besoins non-économiques, le législateur aurait attribué aux tribunaux allemands une souveraineté qui leur doit demeurer étrangère... Avec ce principe, aucune limite n'aurait pu être établie, et les juges d'appel n'auraient pas suffi à corriger, dans chaque cas particulier, l'exercice inopportun par les juges de première instance du pouvoir discrétionnaire qu'on leur eût abandonné ».

Comme dit très bien M. Dorville (2), la considération par le nouveau Code civil allemand du principe de non-réparation des préjudices moraux vaut moins, comme négation de la légiti-

(1) V. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Recht, Berlin 1888, vol. II, p. 21 ss., p. 221.

(2) Thèse citée p. 292.

mité de cette réparation, que comme conséquence logique des principes admis par la législation allemande sur les pouvoirs du juge en matière de dommages-intérêts. Cette raison est, du reste, la seule qui se dégage avec fermeté de toutes les explications que les *Motive* et les *Protokolle* (1), donnent sur l'admission du principe posé par l'art. 253.

On a dit que la rigueur du principe édictée par ce texte, sera, en partie, atténuée par la disposition de l'art. 249 et par l'esprit général du code qui ordonne la réparation en nature quand elle est possible (2). Mais cette action à rétablissement de l'état antérieur est illusoire.

En effet, dans notre cas, toute réparation pécuniaire est proscrite. Or, il est très difficile d'imaginer une réparation en nature qui ne représente aucune valeur patrimoniale.. Car, pour qu'une remise en état soit possible, il faut supposer que l'inexécution de l'obligation a produit une détérioration matérielle, et c'est cette destruction matérielle, et par suite, la réparation qui s'y réfère, qu'il est difficile d'imaginer comme n'ayant pour le créancier qu'un intérêt de sentiment (3).

La seule atténuation, qu'on pourrait considérer comme telle, est la tendance à regarder comme ayant un caractère patrimonial tous les faits de jouissance, agréments et plaisirs, qu'on pourrait se procurer pour de l'argent, si même la cession de la jouissance était impossible (4), il en est ainsi des billets de théâtre, par

(1) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, t. I, p. 298.

(2) Cfr. *Motive*, eod. loc.

(3) Cfr. *Saleilles*, op. cit. p. 25, ss.

(4) V. *Planck*, op. cit., note sur l'art. 253. — *Crome*, II, art. 241.

exemple. En cas de vol, son titulaire pourra demander des dommages-intérêts, quand bien même, le billet eût-il été personnel, et sa cession défendue expressément. Mais la règle qu'un dommage simplement moral ne peut recevoir une réparation pécuniaire, reste quand même.

Est-elle, au moins, cette règle, en harmonie avec les autres dispositions du code, se rapportant à l'intérêt moral ?

C'est ici que nous touchons à une question qui donne lieu à de vives controverses entre jurisconsultes.

L'art. 241 dispose : « En vertu du rapport d'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. Cette prestation peut consister également dans une abstention. »

Si on prend cet article à la lettre et détaché des discussions qui ont eu lieu au sein des comités de rédaction, et surtout, si on le combine avec l'art. 253, qui est formel, il peut prêter à des controverses.

Aussi, plusieurs jurisconsultes, partisans de l'école traditionaliste, dans le but d'établir l'harmonie entre les deux articles, ont-ils cru devoir s'autoriser de son texte pour soutenir le dogme de l'intérêt pécuniaire dans les obligations (1).

Mais, si l'on cherche à interpréter ce texte à la lumière des travaux préparatoires, ce qu'ont fait la majorité des auteurs allemands (2), la volonté du législateur ne saurait faire aucun doute.

(1) V. dans ce sens : *Gierke*, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, p. 194. — *Jakubezki*, Bemerkungen zum Entwurfe, p. 50. — *Laband*, Archiv für Civilische Praxis, t. LXXXIII, p. 171. — *Endemann*, Einführung in das Studium der Bürgerlichen Gesetzbuchs, t. I, p. 470. où ils résument les arguments produits pour soutenir ce principe.

(2) Cfr. *Cosak*, Lehrbuch des Bürgerlichen Recht, t. I, § 80. — *Stammier*, Das Recht der Schuldverhältnissen, p. 1 à 7. *Planck*, Bur-

Un intérêt économique, disent les « Motive » (1), n'est pas essentiel à l'existence de l'obligation ; cette manière de voir résulte suffisamment de l'absence de dispositions contraires ». « Une opinion contraire, disent les « Denkschrift (2), serait en opposition avec l'évolution du droit et les besoins de la vie ». Et les « Protokolle (3), s'expriment ainsi : « Ce n'est qu'après une grave discussion que l'intérêt moral a été admis comme fondement valable d'une obligation. Ce principe amènera un changement profond dans les habitudes juridiques allemandes (4), mais sa consécration était indispensable à un peuple civilisé. Le dogme de l'intérêt pécuniaire avait créé un Droit impraticable et favorisait la mauvaise foi du débiteur. Il était devenu nécessaire de consacrer les obligations passées entre voisins pour la constitution des servitudes d'agrément, comme aussi de sanctionner les contrats passés sans aucun désir de gain par les sociétés fondées dans un but d'intérêt général ».

Il y a donc une contradiction manifeste entre l'art. 241 et l'art. 253 qui prohibe, en principe, la réparation pécuniaire du

gerliches Gesetzbuch. Commentaire du § 241, p. 5, Livraison III. — Landé, Das Bürgerliches Gesetzbuch, p. 64. — Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch, commentaire du § 241.

(1) Motive, § 206 t. II, p. 5.

(2) Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuch.

(3) Protokolle, t. I p. 280 à 281.

(4) Pourtant de Ihering (Oeuvres choisies trad. Meul. t. II, p. 147) fait remarquer qu'avant la découverte du texte de Gaius, qui a amené les jurisconsultes appartenant à l'école historique à proclamer comme un dogme l'intérêt pécuniaire dans les obligations, il n'a pas été question de cet élément de l'objet des obligations. Ainsi, dit-il, on n'hésitait pas à déclarer obligatoire, par exemple, la convention que les enfants seraient élevés dans une religion déterminée, ou à donner une action en réalisation des fiançailles et à prononcer éventuellement une satisfaction pécuniaire.

tort moral. Du moment que le législateur allemand a admis la possibilité, pour un intérêt non-économique, de constituer le fondement d'une obligation, il fallait, pour être logique avec lui-même, qu'il admit la nécessité de réparer le dommage consistant en la lésion de ce même intérêt.

Mais il reste établi que c'est avec intention que l'art. 241 ne fait pas allusion à la valeur pécuniaire de la prestation ; il suffirait donc, pour que l'obligation soit valable, que son objet présentât pour le créancier un intérêt légitime et digne d'être protégé en justice, alors même qu'il serait de nature purement morale.

Cette interprétation est, d'ailleurs, confirmée par la validité des stipulations pour autrui, qui sont admises par le Code allemand, sans aucune restriction.

La clause pénale aussi, est admise (art. 339 à 343) et l'est, du reste, dans des conditions contraires au droit français et importantes. C'est que la clause pénale ne constitue pas des dommages-intérêts apportés, mais un *minimum d'indemnité* ; on peut réclamer une somme plus forte ; d'autre part le taux de la clause pénale pourra être réduit par le juge — disposition des plus remarquables, au moins par la tendance nouvelle d'équité qu'elle manifeste. Mais en ce qui nous concerne, le plus important c'est que dans la juste évaluation le juge devra tenir compte même de l'intérêt moral du créancier (art. 343 alinéa 2), bien que de droit commun on ne puisse demander indemnité de ce chef.

C'est en effet le seul procédé efficace pour sanctionner juri-

diquement une obligation dont l'exécution ne présente pour le créancier qu'un intérêt moral (1).

Nous ne pouvons pas nous empêcher de remarquer l'illogisme que le législateur allemand a commis en ne voulant pas accepter la réparation du tort moral comme principe général, quitte, si l'on voulait, à admettre quelques restrictions.

En effet, la violation d'un contrat à objet non appréciable en argent, et auquel le créancier n'a pas ajouté une clause pénale, ne lui donne aucun droit à réparation, tandis que s'il a eu la prévoyance de stipuler une telle clause, il sera dédommagé, car le juge est obligé de tenir compte, dans ce cas là, du tort moral.

Autriche

Dans l'art. 878, le législateur énumère les choses qui ne peuvent pas constituer l'objet des contrats. C'est « tout ce qui n'est pas dans le commerce... Ce qui ne peut être exécuté, ce qui est absolument impossible et illicite... »

L'art. 861, qui définit la notion du contrat, s'exprime en des termes plus généraux encore : « Celui qui déclare vouloir transférer son droit à quelqu'un, c'est-à-dire vouloir lui *permettre* ou lui *donner* quelque chose ou *faire* ou *omettre* de faire quelque chose en sa faveur, celui-là fait une promesse ; mais si

(1) V. *Planck*, op. cit. p. 123 ss. — *Haidlen*, Bürgerliches Gesetzbuch. t. I, p. 407.

l'autre accepte valablement la promesse, il se forme par la force des volontés des deux parties un contrat... »

De même que dans le nouveau Code civil allemand et que dans les *landrecht* des divers états germaniques (Code saxon, art. 662 ; *Landrecht* prussien, 1, 2, § 123), de même dans le Code autrichien on ne demande pas, comme condition de la validité d'une obligation, que son objet ait une valeur pécuniaire.

Le législateur autrichien tient compte, avec raison, du prix d'affection qu'on peut attacher à une chose. Les art. 305 et 306 sont tout à fait significatifs à ce point de vue.

Le premier fait la distinction entre la valeur d'échange et la valeur d'usage, ou plutôt entre la valeur commerciale des choses et leur valeur d'affection : « le prix ordinaire et habituel d'une chose est celui qui s'apprécie d'après son usage ordinaire et général sous le rapport du temps et du lieu. Le prix extraordinaire se détermine d'après les circonstances spéciales à la chose et l'affection que lui porte la personne à laquelle la valeur en doit être comptée selon les qualités accidentelles de cette chose. »

Le second détermine l'intérêt juridique de ces deux valeurs et décide que « dans tous les cas où il n'en a été autrement *convenu* ou disposé par la loi, l'estimation d'une chose doit se faire d'après son prix ordinaire ».

Donc, d'après cette dernière disposition, le dommage moral consistant dans la lésion d'une de ces valeurs sur lesquelles on peut *convenir*, qui peuvent par conséquent se trouver à la base d'un contrat, doit être réparé par celui qui en est l'auteur.

Cette obligation de réparation du préjudice moral contractuel (1) est d'ailleurs, croyons-nous, envisagée par un autre texte qui ne fait aucune distinction entre le préjudice matériel et moral. On lit dans cet article : « Toute personne a le droit de demander la réparation d'un dommage à celui qui le lui a causé par sa faute, *soit* que le dommage provienne de la violation d'un devoir fondé sur une convention, *soit* qu'il ne se rapporte à la violation d'aucun contrat » (2).

Une décision de la Cour de cassation, en date du 14 avril 1813 (3), écartant toute différence entre la responsabilité délictuelle et celle qui dérive d'un contrat, consacre le principe de la réparation du tort non-économique causé par la violation d'un contrat en ces termes : « Attendu qu'on ne saurait refuser au demandeur la réparation du dommage, car même si le plaignant n'a pas eu à subir par cela réellement une perte, il n'en n'a été pas moins lésé, ce qui ne saurait être indifférent à son honneur, et comme d'après la loi toute atteinte illégale a pour conséquence une réparation pour injure et offense, de même doit avoir la même conséquence toute exécution imparfaite d'un contrat. »

(1) Pour le dommage moral délictuel v. surtout les art. 1293, 1325, et 1329.

(2) Cpr. *Robert von Mayr*, Studienausgabe Oesterreichischer Gesetze, Das bürgerliches Recht, t. I, p. 363.

(3) V. Dr. *Otto Leonhart* dans « Festschrift zur Jahrhundertfeier des allegemienen bürgerlichen Gesetzbuches, t. I p. 682.

SECTION III

Pays Anglo-Saxons (Angleterre et États-Unis)

Dans la législation de l'Angleterre et des États-Unis, la situation de la victime d'un dommage moral est encore plus dure que dans la législation allemande. Le *law* se refuse à accorder une indemnité à celui qui a subi un préjudice moral dans beaucoup de cas où le Code civil allemand l'accorde.

L'exemple le plus frappant est le refus de l'indemnité pour séduction (1). Si la victime est en service, son maître peut réclamer du séducteur des dommages-intérêts, à raison du préjudice éventuel que lui cause la « perte de services résultant de la séduction de sa servante. »

Mais par elle-même, la victime n'est pas en mesure d'obtenir d'indemnité de ce chef. De même, les père et mère, comme tels, n'ont point d'action contre le séducteur de leur fille, mais s'ils peuvent l'assimiler à une servante, c'est-à-dire s'ils prouvent que leur fille leur rendait des services domestiques, ils pourront poursuivre le séducteur (2).

Cela nous montre combien encore le « *common law* » est imprégné, dans la libérale Angleterre, de cette conception maté-

(1) Pourtant dans la législation allemande, ce cas constitue une des plus importantes exceptions apportées au principe de non-réparation, et le Cod. civ. allemand lui consacre l'art. 1300 entier et la moitié de l'art. 847.

(2) V. *Lehr*, *Eléments de Droit civil anglais*, n° 878 à 906.

rialiste qui a présidé à sa formation. Très peu de préoccupations pour l'admission d'un principe général de réparation pour attentat aux intérêts moraux les plus indiscutables.

L'explication, d'après M. Dumas (1), serait qu'on croyait utile pour la société que l'initiative privée ne fût pas gênée dans son expansion par la préoccupation des préférences ou des risques d'autrui. A chacun l'honneur et la peine de se prémunir contre les inconvénients éventuels d'une activité concurrente.

Bien que dans beaucoup de cas de responsabilité délictuelle, l'intérêt moral soit protégé, on ne pourrait dire que le dommage non-patrimonial reçoit, dans la législation anglaise, d'une manière générale, une complète réparation.

En effet, les « *exemplary damages* » (*vindictive damages*), la seule condamnation aux dommages-intérêts pour préjudice moral qui puisse être considérée comme assurant une sérieuse allocation pécuniaire à la victime du tort moral (2), ne sont accordées qu'en cas de faute grave, et leur montant se mesure d'après la fortune du délinquant.

En matière d'accidents du travail (loi du 6 août 1897), de responsabilité qui incombe aux compagnies de chemins de fer (act. de Lord Campbell, pour dédommager les familles des personnes tuées dans les accidents), il faut que le demandeur prouve

(1) *Eléments de Droit civil anglais* par Ernest Lehr, Appendice par Jacques Dumas.

(2) Les *nominales damages* (condamnation à 1 shilling, un penny etc.) constituent plutôt une satisfaction purement morale pour la victime, et les *ordinary damages* ne sont accordés en réparation d'un tort moral que dans les rares cas d'injures personnelles et de dommages pécuniaires consécutifs.

qu'il a été privé d'un avantage pécuniaire. Il ne lui serait jamais possible d'obtenir une indemnité en considération du dommage corporel (« solatium »), de la souffrance physique ou morale (1).

Aussi comprend-on qu'il soit encore pis pour la responsabilité résultant de l'inexécution d'un contrat. Dans ce domaine on pourrait dire que les intérêts moraux sont presque dénués de toute protection. Car les 40 shillings accordés sous forme de « nominal damages » pour toute rupture de contrat, ne constituent pas, à proprement parler, une réparation.

Cette situation est le résultat d'une conception trop étroite relative aux conséquences qu'aurait, pour le créancier, l'inexécution du contrat.

On donnait à l'origine comme une règle en matière de responsabilité contractuelle, que le devoir du jury accordant des dommages-intérêts, était de placer le demandeur dans la situation où il se serait trouvé si le contrat eût été exécuté (2).

Cette règle a été longtemps interprétée si strictement, qu'un créancier ne pouvait obtenir, par son action intentée en raison du non-paiement d'une dette d'argent non productive d'intérêts en vertu du contrat même, que le capital seul ; le jury n'avait pas le droit de tenir compte de la perte résultant, pour le créancier, du fait qu'il n'avait pu rentrer en jouissance de ses fonds à l'époque prévue.

(1) Cfr. *Pollock*, *The law of torts*, p. 65.

(2) Cfr. *The Encyclopedia of the law of England*, t. IV p. 317.

Mais on devait bientôt s'apercevoir que cette règle imposait au créancier des pertes qu'il n'aurait pas raisonnablement acceptées en faisant son contrat. Et ainsi on est arrivé — péniblement d'ailleurs — au principe fixé depuis longtemps dans diverses législations et consacré par les art. 1149 à 1151 du Code français.

Cependant, dans la plupart des cas, on se refuse encore à prendre en considération le dommage moral causé par la rupture du contrat. Ainsi, entre autres exemples, il a été plusieurs fois jugé qu'en cas de manquement à l'obligation prise par une compagnie de chemins de fer pour le transport d'un voyageur, la compagnie pourra être condamnée au paiement de l'hôtel où le voyageur a été obligé de loger, d'une voiture qu'il a louée pour se transporter au lieu indiqué sur le billet délivré par la compagnie, mais on ne pourra la condamner à payer une compensation pour les « tourments et les ennuis endurés », pas même « pour la maladie dont la cause a été le froid auquel il fut exposé par la faute de la compagnie » (1).

A cette règle, il n'y a qu'une seule exception. C'est pour la rupture d'une promesse de mariage.

Contrairement à la jurisprudence française actuelle, en Angleterre on décide que l'action donnée pour la rupture d'un projet de mariage est une action contractuelle (2).

Mais, même dans ce cas là, c'est plutôt une exception en fait qu'en droit, comme dit Pollock (3) car, bien qu'on ait pu

(1) The Encyclopedia, t. IV, eod. verbo, p. 321.

(2) V. Pollock, op. cit. p. 184.

(3) Op. cit. p. 531.

affirmer (1) que le créancier ne peut réclamer plus que le remboursement de la perte pécuniaire qu'il a éprouvée parce que « en tout état de cause, les dommages-intérêts constituent une *compensation* et non une peine », les sentiments de la personne lésée entrent ici en ligne de compte justement parce que les dommages-intérêts accordés dans ce cas sont considérés, dans la pensée du jury, comme « *exemplary* », c'est-à-dire comme une peine, et non pas comme une compensation (2).

En effet, le jury mesure le montant des dommages-intérêts d'après le degré de culpabilité de l'auteur. La condamnation sera minime s'il est prouvé que la demoiselle avait « mauvais caractère, manières grossières » ou que le monsieur n'avait pas « des moyens suffisants pour l'entretenir ».

Au contraire, la condamnation sera importante si le défendeur ne peut alléguer aucune excuse, et le taux des dommages-intérêts sera augmenté proportionnellement aux torts du coupable. « Si le défendeur a agi d'après un sentiment honorable, quand il a rompu l'engagement, le jury rendra son arrêt de 1.000 Livres. S'il a agi durement et égoïstement, sans prendre en considération les sentiments de la jeune fille, il en paiera 1.200. Si, bien plus, il est assez fou pour faire sur le caractère de la demoiselle quelque imputation qu'il ne puisse prouver, alors les dommages-intérêts s'élèveront à 2.000 livres (3) ».

C'est donc parce qu'on ne peut empêcher le jury de tenir

(1) V. *Anson*, *Principles of the English law of contract*, rapporté par *Lehr et Dumas*, op. cit., n° 811.

(2) Cfr. *Pollock* op. cit. p. 531 et 184.

(3) *The Encyclopedia*, vol. II, p. 391 ; vol. IV, p. 313.

compte de toutes ces considérations dans la fixation des dommages-intérêts, que le tort moral se trouve dans ce cas réparé, et encore pas suffisamment.

Par conséquent, à part un petit nombre d'hypothèses, les intérêts moraux sont dépourvus de protection en matière de responsabilité contractuelle.

Il y a, comme en droit allemand, une sorte d'exécution en nature (*injunctions or decree of specific performance*), mais ici, comme là-bas, ce moyen ne constitue pas une protection suffisante pour le créancier.

D'abord l'exécution en nature, par définition, reste sans application lorsque, pour une raison quelconque, l'exécution de l'obligation est devenue impossible. Aussi, la jurisprudence anglaise applique-t-elle bien le « *decree of specific performance* » à l'obligation de livrer un objet qui ne présente pour l'acquéreur qu'une valeur d'affection, mais, si cet objet a été détruit, l'acquéreur ne pourra toucher aucune indemnité représentant la valeur d'affection de ce même objet.

Ensuite, il y a des obligations dont les tribunaux ne sont pas en mesure de surveiller l'exécution. Telles sont les obligations consistant dans la prestation de services personnels et presque toutes les obligations de faire.

En outre, il faut que le demandeur justifie, pour avoir droit à des dommages-intérêts, qu'il a mis à faire valoir son droit la diligence voulue, sans parler des restrictions que les Cours apportent ordinairement à l'action pour exécution en nature, s'il s'agit des engagements à titre purement gratuit.

Mais, si le créancier qui n'a à l'exécution d'une obligation

qu'un intérêt d'affection ne peut pas toujours s'attendre à se voir allouer des dommages-intérêts en cas d'inexécution, peut-il au moins, comme dans la plupart des législations, sanctionner lui-même l'obligation par une peine conventionnelle (clause pénale) ? Pas d'une façon aussi complète et générale que dans le droit français.

Quand il est stipulé, dans un contrat, qu'une somme sera payée par la partie qui ne l'exécutera pas, cette somme est considérée depuis le « Judicature Act » (1), soit comme une « peine », soit comme des « dommages liquidés ». En vérité, les parties, en stipulant cette clause, ne peuvent avoir eu en vue que deux buts : ou bien de garantir l'exécution même de l'engagement, en imposant à la partie en faute une peine dépassant la perte que l'autre subirait réellement, ou bien de fixer d'avance le montant du dommage auquel elles évaluent la non-exécution du contrat.

La somme stipulée n'est due entièrement que si elle est considérée comme « dommages liquidés ». Si c'est une peine — et à cet égard les Cours, sans tenir compte du nom donné par les parties, se reconnaissent plein pouvoir d'interprétation — son montant ne peut être réclamé que jusqu'à concurrence de la perte subie, quelle que soit la somme que le débiteur en faute s'était engagé à payer.

Suivant les règles que les Cours ont coutume d'observer pour

(1) Loi de 1873 sur la réforme de l'organisation judiciaire qui a unifiée les Cours d'équité (Cours de Chancellerie) et les Cours ordinaires, en imposant à ces dernières l'interprétation large que les premiers donnaient sur cette question, comme sur tant d'autres.

déclarer les dommages-intérêts stipulés comme peine ou comme « dommages liquidés », les juges déclarent, dans la plupart des cas de dommage moral, la somme stipulée comme « dommages compensatoires », et, par conséquent, le créancier sera indemnisé pour le préjudice moral qu'il a subi par la non-exécution du contrat.

Mais le contraire peut arriver aussi, d'autant plus que, si l'objet du contrat comporte une valeur certaine à côté d'une incertaine, la somme stipulée est, dans la plupart des cas, considérée comme une peine (1).

Cette absence de préoccupation pour le dommage moral dans les contrats est en rapport avec la conception sur l'objet de l'obligation juridique. Le droit anglais, contrairement à ce que M. Dorville affirme dans sa thèse, demande que « le contenu d'une obligation, la chose à donner, ou le fait duquel il faut s'abstenir, doit représenter, au moins aux yeux de la loi, une valeur patrimoniale, car, autrement, il serait difficile de distinguer les obligations légales des rapports moraux et sociaux » (2).

Par conséquent, un engagement à l'exécution duquel le créancier n'a qu'un intérêt moral, n'est pas valable dans la législation anglaise : l'objet d'une obligation doit toujours être réductible à une valeur pécuniaire (*reducible to a money value*).

De tout cela, il faut conclure qu'en matière de réparation pour dommage moral, la législation anglaise n'est pas arrivée

(1) V. une décision relative à un engagement théâtral, rapportée par Anson, *op. cit.* p. 296.

(2) Anson, *op. cit.* p. 7. — *Adde* : Pollock, *Principles of contract*, p. 4.

à un principe fixe et d'application générale. Les juges admettent ou refusent l'indemnité, selon le degré de culpabilité de l'auteur à qui on impute l'acte dommageable (délit, quasi-délit, inexécution du contrat). C'est donc sur l'idée d'amende ou de peine privée, plutôt que sur celle de réparation civile, que reposent les dommages-intérêts accordés à la suite d'un préjudice moral (1).

(1) The American English Encyclopedia of Law, eod. loco.

CHAPITRE III

Questions diverses sur le dommage moral

§ I. — *Responsabilité indirecte.* — Une règle de droit, en matière de responsabilité pour préjudice matériel, est que l'auteur du fait dommageable répond non seulement de son propre fait, mais aussi du fait d'autrui, si, entre lui et ce dernier, existe un rapport déterminé (art. 1384).

Or, il n'y a aucune raison de faire une distinction, à ce point de vue, entre le préjudice matériel et le dommage moral. Le fondement du droit à la réparation étant toujours la faute, le principe de cette réparation ne peut pas être modifié, uniquement parce que l'auteur du fait matériel est une personne différente de celle par la faute de qui le dommage a été causé.

On a dit qu'étant donné le caractère satisfaisant de l'indemnité accordée en cas de préjudices non-patrimoniaux et sa nature toute personnelle, il serait illogique de condamner à des dommages-intérêts la personne qui n'a commis aucun acte domma-

geable. Mais on doit remarquer que le fondement rationnel, le but de la réparation, consiste plutôt dans les avantages moraux, dans la satisfaction de la victime, que dans la diminution du patrimoine de la personne responsable. Elle est donc due, même quand cette personne est autre que l'agent du fait dommageable.

Cette question de responsabilité indirecte se pose, le plus souvent, en matière de responsabilité délictuelle, dans les cas de préjudices patrimoniaux, comme dans ceux de dommages moraux. Mais on peut lui en trouver des applications aussi, en matière de responsabilité contractuelle (v. ci-dessus, p. 92).

§ 2. — *Inexécution non-imputable au débiteur.* — Pour que le créancier puisse prétendre à des dommages-intérêts, outre le préjudice éprouvé, il faut qu'il y ait eu faute de la part du débiteur.

Quand il s'agit de la réparation du dommage matériel, le débiteur n'est pas responsable, si l'inexécution de son obligation est due à un cas fortuit. La même règle doit, à notre avis, régir les conventions à l'exécution desquelles le créancier n'a qu'un intérêt moral.

Le débiteur ne pourra donc alléguer, pour se décharger de l'obligation de réparer le dommage, que les cas fortuits et la force majeure. Et cela, dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un préjudice matériel. L'événement dont le débiteur se prévaut doit constituer un obstacle actuel et non pas seulement une simple éventualité. En plus, s'il est question d'un fait qui aurait demandé seulement quelques efforts ou quelques sacrifices, il n'y a pas cas de force majeure.

§ 3. — *Intransmissibilité de l'action.* — Il ne s'agit pas ici

de l'action appartenant aux héritiers *de leur chef*, c'est-à-dire de l'action qu'ils pourront exercer, par exemple à raison de la douleur éprouvée par la mort du *de cuius*. Nous n'envisageons pas ici, non plus, l'action intentée par le défunt de son vivant. Cette action, les héritiers pourront la continuer, en vertu de l'adage : « *actiones quae morte pereunt. semel inclusae iudicio salvae permanent* ».

Nous voulons parler de l'action en réparation qui appartenait au *de cuius*, mais qu'il n'a pas introduite. Son droit de l'intenter se transmet-il à ses héritiers ?

Quand il s'agit de l'action résultant d'un délit ou quasi-délit, les solutions données à cette question sont différentes.

Le Code civil allemand, dans les cas exceptionnels où il admet la réparation pécuniaire du préjudice moral, a résolu la question dans le sens de l'intransmissibilité. La législation anglaise se prononce, elle aussi, pour l'intransmissibilité. Même solution donnée par la doctrine et la jurisprudence suisse (1).

Les tribunaux français, qui ont eu l'occasion de se prononcer sur la question, ont décidé que cette action est intransmissible.

La jurisprudence belge a statué, au contraire, que l'action doit être déclarée transmissible.

Que décider en matière contractuelle ? L'action est-elle personnelle ou transmissible ?

La réponse, croyons-nous, dépend du caractère qu'on donne

(1) V. *Chausson*, De l'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur.

aux dommages-intérêts accordés. Si ces dommages-intérêts sont considérés comme une réparation, et non comme une peine civile, il est évident que le droit au « *Schmerzengeld* » n'est pas transmissible aux héritiers.

Or, c'est ce caractère que nous avons donné à l'indemnité accordée en réparation du préjudice moral. C'est le défunt qui a subi le dommage, c'est en lui, en sa personne, que se trouvait la source et le principe de cette indemnité. Lui mort, l'indemnité n'aura plus de raison d'être, car elle n'aura plus aucun rôle à remplir.

La conception du dommage moral étant la même dans le domaine des contrats et dans celui de délit, c'est la même solution qu'il faut donner. Dans les deux cas, donc, l'action que la victime du dommage avait contre son auteur doit être déclarée intransmissible. Elle serait aussi incohérente chez l'héritier du créancier de l'obligation que chez l'héritier de celui qui a été lésé par un acte illicite.

La jurisprudence française, qui paraît se fixer dans le sens de la non-transmissibilité, quand il s'agit d'une indemnité basée sur l'art. 1382, devra se prononcer de même quand il s'agira d'une indemnité basée sur l'art. 1142. C'est la voie qu'a suivie la jurisprudence belge qui, ayant à statuer sur le sort de l'action non introduite par le *de curjus*, dans les deux domaines, a donné une solution contraire, mais la même dans tous les cas : la transmissibilité de l'action.

Le raisonnement qui a amené les tribunaux belges à se prononcer pour la transmissibilité est que « si les lésions subies sont essentiellement personnelles à la victime, le droit que ces lésions

font naître, ayant pour objet une réparation qui se traduit en une somme d'argent, n'est pas de sa nature essentiellement attaché à la personne ; que rien ne s'oppose à ce que, tombé dans le patrimoine du défunt, il ait été transmis à ses héritiers (1). Si, il y a quelque chose qui s'y oppose : c'est la nature même de ce droit à la réparation. L'action ne peut se transmettre aux héritiers, justement parce que, à notre avis, elle ne tombe pas dans le patrimoine du *de cuius*, parce que c'est une action personnelle, comme le préjudice qui lui avait donné naissance.

§ 4. — *Compensation et saisissabilité.* — Le raisonnement que nous venons de faire ne doit recevoir d'application qu'autant qu'il s'agit du « droit à l'action ».

En effet, dès que l'action a été intentée par celui en la personne de qui elle était née, dès que son droit a été pécuniairement évalué, une novation s'opère. Nous n'avons donc plus affaire à un droit de nature personnelle, mais à un droit patrimonial : le droit à une somme d'argent, qui doit être dévolu d'après les règles ordinaires.

Nous croyons donc, contrairement à la doctrine de Dumoulin, consacrée par la jurisprudence des Parlements, que les réparations peuvent se compenser et peuvent être saisies par le créancier.

L'ancien droit avait poussé trop loin les conséquences logiques de la différence entre le patrimoine moral et le patri-

(1) Bruxelles, 31 Déc. 1890.

moine matériel. On se figurait que les indemnités pécuniaires destinées à réparer une lésion du patrimoine moral doivent rester distinctes de celles qui avaient pour but de restaurer le patrimoine matériel endommagé, de même que les biens moraux restent distincts des biens matériels.

CONCLUSION

De cette étude sommaire que nous venons de faire sur le dommage moral résultant de l'inexécution ou de la violation d'un contrat, la conclusion qui s'impose ne peut être qu'en faveur d'une complète réparation de ce dommage.

Nous avons vu qu'au point de vue rationnel, comme au point de vue juridique, aucune distinction ne peut être faite, quant à leur protection, entre les divers intérêts qui peuvent servir d'objet aux rapports juridiques et, par conséquent, entre les lésions apportées à ces intérêts.

Une fois reconnue l'importance des bien moraux, il est inadmissible de les laisser hors de la tutelle du Droit. Tous les arguments qu'on a produits pour ériger en principe l'impossibilité de réparer le préjudice non-patrimonial — nous l'avons démontré — n'ont pas la portée qu'on veut bien leur donner. Ils sont le fruit d'un parti-pris avant toute analyse de la question, ou la continuation d'une fausse tradition.

Nous n'avons pas pu aborder de front la question de l'unité de la responsabilité, cela nous aurait entraîné à des développements qui eussent dépassé le cadre que nous nous sommes fixé.

Mais nous avons esquissé cette idée en montrant, en quelques lignes, que le fondement de la responsabilité en dernière analyse, est le même, soit qu'elle dérive d'un contrat, soit qu'elle dérive d'un fait délictueux. Nous avons conclu de là, qu'au point de vue qui nous intéresse, celui de la réparation du dommage, il n'y a aucune distinction à faire entre les préjudices non-patrimoniaux. Ils doivent être réparés, dans les deux cas, quand ils sont sérieux et incontestables, au même titre que les préjudices matériels.

Nous reconnaissons que cela ne va pas sans difficulté, qu'une réparation qui puisse mettre la victime dans la situation où elle se trouvait avant l'acte dommageable est impossible. On ne peut effacer toutes les conséquences du dommage moral, parce que l'on a à faire à des éléments subjectifs et personnels, à des éléments qui ne peuvent être remplacés par une somme d'argent, comme cela peut se faire dans le cas de dommage matériel.

Mais cette difficulté, d'ordre purement pratique ne saurait conduire à refuser toute amélioration de la situation dans laquelle la victime du fait dommageable a été injustement mise. Ce serait refuser au malade le médicament qui ne lui apporte qu'un soulagement, sous prétexte qu'on n'a pas encore découvert celui qui doit lui apporter la guérison complète.

Si on ne peut effacer définitivement et entièrement les conséquences du dommage, on doit au moins en atténuer les effets.

C'est en tenant compte de ces considérations que la jurisprudence a été amenée à l'élaboration d'un droit prétorien destiné à suppléer au manque des textes législatifs.

De l'aperçu historique que nous avons donné, il résulte que

c'est toujours la jurisprudence française qui est en tête de ce mouvement libéral. Pourtant, il reste encore beaucoup à faire, car, d'une part, elle semble manquer d'unité, d'autre part, dans nombreux cas, elles se montre timide et hésitante. Si on voit tant de plaignants demander un franc de dommages-intérêts, ce n'est pas seulement parce qu'ils veulent montrer que l'argent leur tient peu à cœur et que c'est la satisfaction morale qu'ils poursuivent, mais aussi parce qu'ils savent d'avance que l'indemnité pécuniaire qu'on leur accordera sera souvent dérisoire. Ils préfèrent y renoncer d'avance.

Des tribunaux ont, en effet, coutume de trop réduire le chiffre qu'on pourrait, raisonnablement, accorder à titre de dommages-intérêts.

Ce procédé a l'avantage de décourager les « esprits processifs », mais il a l'inconvénient de créer des injustices, en étouffant beaucoup de justes réclamations, et d'ébranler la confiance que les justiciables doivent avoir en les tribunaux, en les déterminant à se faire eux-mêmes justice.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction du Sujet.

	Pages
<i>Notions préliminaires. — Du patrimoine moral. Opinions doctrinales sur sa valeur juridique. Du dommage moral. Confusions dans la conception de ce genre de dommage. La vraie notion du dommage moral.</i>	6

CHAPITRE I

Fondement et Généralité de la réparation de tout dommage.	
§ 1. — L'obligation de réparer le préjudice injustement causé à autrui est une.....	13
§ 2. — Conception philosophique et juridique du <i>bien</i> et du dommage, par rapport à celle du patrimoine.....	17
§ 3. — Il n'y a pas de différence entre les dommages moraux au point de vue de la réparation.....	23
§ 4. — De l'intérêt moral ou d'affection dans les obligations. Divers systèmes.....	26
§ 5. — Biens sujets à la tutelle juridique et limites de la réparation pour dommage moral résultant de l'inexécution d'un contrat.....	30

CHAPITRE II

Réfutation des arguments contre la réparation du dommage moral.

Pages

Section I. — Les arguments d'ordre général.

I) La douleur morale n'est pas susceptible de variations pécuniaires. Rôle de l'argent comme réparateur du dommage moral. Peine privée et réparation civile..... 34

II) L'estimation des biens idéaux est nécessairement arbitraire, et le principe de la réparation accorderait au juge un pouvoir excessif. Rôle du juge... .. 47

III) Crainte de spéculations scandaleuses..... 54

IV) La compensation de l'affection avec de l'argent est immorale.. 56

V) Inexistence dans ce genre de dommage d'un vrai droit violé..... 59

VI) Impossibilité de la preuve..... 61

VII) La tradition du droit romain et de l'ancien droit français..... 62

Section II. — Les arguments tirés des textes.

I) Opposition entre la théorie du dommage moral juridique résultant de l'inexécution d'un contrat et les principes qui régissent les dommages-intérêts. Art. 1149 et 1151..... 66

II) La prohibition des stipulations pour autrui..... 70

CHAPITRE III

Le dommage moral résultant de l'inexécution d'un contrat dans le droit positif et la jurisprudence de la France et de quelques autres pays.

<i>Section I. — La France et les principaux pays d'influence juridique française.</i>	Pages
§ 1. — La France.	
A. — Les textes : art. 1382 et 301 du Code civil ; art. 430 et 433 du Code pénal.....	72
B. — La jurisprudence : 1) Renvois brusques.....	80
2) Inexécution du contrat intervenu entre le directeur d'un établissement théâtral et un artiste. auxiliaire ou le public..	82
3) Non-livraison d'une œuvre d'art.....	83
4) Violation d'un contrat de concession de sépulture... Ibid.	
5) Inexécution d'un contrat de transport.....	84
6) Violation d'une obligation de famille.....	87
7) Rupture d'une promesse de mariage.....	89
8) Divulgarion de lettres confidentielles.....	90
9) Inexécution d'un contrat de louage de services.....	92
10) Violation d'un contrat de société..... Ibid.	
§ 2. — Pays d'influence juridique française.....	94
Italie.....	95
Espagne.....	99
Portugal.....	101
Roumanie.....	103
Suisse.....	106
<i>Section II. — Pays de droit germanique.....</i>	<i>109</i>
Allemagne.....	110
Autriche.....	117
<i>Section III. — Pays anglo-saxons (L'Angleterre et les Etats-Unis.....</i>	<i>120</i>

CHAPITRE IV

Questions diverses sur le dommage moral.

§ 1. — Responsabilité indirecte.....	129
--------------------------------------	-----

§ 2. — Inexécution non-imputable au débiteur.....	Pages 130
§ 3. — Intransmissibilité de l'action.....	Ibid.
§ 4. — Compensation et saisissabilité..	133
Conclusion	136
